

Hyveen ja yhteisön mahdollisuus modernissa oikeudessa

Helsingin yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta
Yleinen oikeustiede
Oikeustieteen maisterin tutkielma
Ohjaaja: Ari Hirvonen
Kevät 2013
Ilkka-Tapio Ukkonen
012332106

Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty		Laitos/Institution– Department	
Oikeustieteellinen tiedekunta		Yleinen oikeustiede	
Tekijä/Författare – Author			
Ilkka-Tapio Erkinpoika Ukkonen			
Työn nimi/Arbetets titel – Title			
Hyveen ja yhteisön mahdollisuus modernissa oikeudessa			
Oppiaine/Läroämne – Subject			
Oikeusteoria			
Työn laji/Arbetets art – Level		Aika/Datum – Month and year	
Pro Gradu -työ		Huhtikuu 2013	
		Sivumäärä/Sidoantal – Number of pages	
		IX+64	
Tiivistelmä/Referat – Abstract			
<p>Tutkielman tavoitteena on selvittää, onko traditionaalisen oikeuspositivismin kehittyminen moderniksi oikeuspositivismiksi ja sen täydentäminen ihmisoikeus- ja perusoikeussubstanssilla ratkaissut kysymykset oikeuden hyväksyttävyydestä ja oikeuden rajoista. Työssä selvitetään, miten modernin oikeuden teoriat ovat vastanneet kysymykseen oikeuden hyväksyttävyydestä ja oikeuden rajoista, minkälaisia ovat modernin oikeuden legitimaatiokriteerit, ja voidaanko näiden kriteerien avulla vastata kysymykseen oikeuden rajoista ja hyväksyttävyydestä.</p> <p>Työn keskeiset kysymyksenasettelut liittyvät modernin oikeuden ja yhteiskunnassa esiintyvien arvopostulaattien väliseen suhteeseen. Tätä kautta kysymys on myös positiivisen oikeuden autonomisuudesta ja olemisen ja pitämisen välisen rajan ja oikeuden suhteesta. Perus- ja ihmisoikeuksien luonne ihmisten välisinä intersubjektiivisina oikeuksina tai ihmisen ja valtion välisinä subjektiivisina oikeuksina määrittää omalta osaltaan modernin oikeuden legitimaatiokriteereitä.</p> <p>Työssä esitellään aluksi kolme erilaista oikeuspositivismiin perustuvaa kuvaa oikeuden legitimaatioperustasta. Traditionaalista oikeuspositivismia edustavan Max Weberin teoria ja siinä kuvattu materialisoitumistendenssi on ollut keskeinen lähtökohta oikeuden kehityksestä viime vuosikymmeninä käydylle keskustelulle. Weberin analyysi kapitalistisesta byrokraattisesti hallitusta länsimaisesta yhteiskunnasta toimii pohjana kahdelle modernia oikeutta edustavalle teorialle. Jürgen Habermasin teoria modernista oikeudesta liittää perusoikeudet ja oikeusvaltion periaatteet olennaiseksi osaksi modernia oikeutta. Kaarlo Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa oikeuden eri tasot ovat vuorovaikutuksessa keskenään ja oikeuden liikkuva pintataso joutuu alistumaan oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasoilta tulevalle normatiiviselle sensuurille. Ihmisoikeudet ja demokratiaperiaate nähdään oikeuden syvärakenteen normatiivisina ideoina. Keskeiseksi kysymykseksi muodostuu, onko esitetty legitimaatioperusta riittävä, jotta positiiviseen oikeuteen rakenteellisesti liittyvä totalitarismin vaara ja oikeuden hyväksyttävyyden ja rajojen ongelma voidaan tyydyttävästi ratkaista.</p> <p>Modernin oikeuden kuvauksen ja legitimititeettikriteerien esittelyn jälkeen pyritään vastaamaan havaittuihin ongelmiin aristoteelisen hyve-etiikan ja kommunitaristisen ajattelun avulla. Aristoteelisen maailmankuvan muuttuminen valistusfilosofioiden vaikutuksesta on tässä työssä esitetyn käsityksen mukaan osaltaan vaikuttanut atomistisen individualistisen ajattelun laajaan reseptioon ja aristoteelisen yhteisöllisen tradition syrjäytymiseen. Edellä esitettyyn kehityskulkuun liittyy keskeisinä ongelmina moraalisen toimijan häviäminen, filosofisen tradition sirpaloituminen ja individuaalisten vapausoikeuksien ylikorostaminen.</p> <p>Aristoteelisen hyve-etiikan ja yhteisöllisen ajattelun soveltaminen moderniin maailmaan haastaa yksilön muuttamaan ajatteluaan. Modernin oikeuden teorioiden esittämät legitimaatiokriteerit vaativat tässä työssä esitetyn näkemyksen mukaan yhtäältä demokratian tarkastelua kansalaisyhteiskunnan toimivuuden kannalta. Demokratian osalta kysymys kohdentuu siihen, tarjoaako edustuksellinen demokratia mahdollisuudet legitimiisyyuskriteereinä esitettyjen kansalaisyhteiskunnan diskurssien toteutumiselle, vai tulisiko demokratiaa kehittää deliberatiivisempaan suuntaan riittävien diskurssien toteutumiseksi. Etenkin vaatimukset kommunikaatiotilanteiden tasa-arvoisuudesta ja kaikkien mahdollisuudesta osallistua vaikuttavat nykyisen järjestelmän kannalta haasteellisilta. Toisaalta legitimiisyyuskriteerien toteutumisen kannalta ihmisten keskinäinen kunnioitus ja kansalaisvastuun merkitys korostuu ihmisten välisessä jokapäiväisessä vuorovaikutuksessa. Ihmisten välisiin sosiaalisiin suhteisiin sijoittuvat oikeudet ja velvollisuudet puoltavat yhteisöllisen elämäntavan ja ajattelun kehittämistä.</p> <p>Aristoteeliseen filosofiaan kuuluu käsitys ihmisen koko elämän kestävästä henkisestä kehityksestä. Ajattelun ja siten itsensä kehittäminen on jokaisen velvollisuus ihmisenä. Itselliset itseään hallitsevat kansalaiset, jotka osallistuvat aktiivisesti kansalaisyhteiskunnan toimintaan ja päätöksentekoprosesseihin voivat yhdessä muodostaa niin vahvan kansalaisyhteiskunnan, että modernin oikeuden legitimaatiokriteerien on mahdollista toteutua.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords			
positiivinen oikeus, legitimitetti, diskurssi, yhteisöllisyys, aristotelismi, hyveet, traditio, moraal			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited			
Kirjasto: Kaisa-talo, Hc K4 Suljettu kokoelma, opinnäytteet			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

Sisällys

Lähteet:	IV
1 Johdanto	1
1.1 Aluksi	1
1.2 Tutkimuskysymyksestä	2
1.3 Rakenne ja rajat	4
2 Kypsä moderni oikeus	6
2.1 Traditionaalisen positivismin kuva (Max Weber)	6
2.2 Perusoikeudet ja oikeusvaltio oikeuden syvärakenteen normatiivisena ideana (Jürgen Habermas)	11
2.3 Normatiivinen sensuuri lainsäädännön vartijana (Kaarlo Tuori)	20
2.4 Yhteenvetoa	27
3 Aristotelismi ja kommunitarismi	34
3.1 Yksilö vai yhteisön jäsen	34
3.2 Aristotelismi modernissa maailmassa	37
3.3 Aristoteelinen etiikka ja moraalisuus toiminnan luonnollisena osana	42
3.4 Ystävyyden ja oikeudenmukaisuuden hyveiden merkitys yhteisölle	46
3.5 Polis yhteisönä	47
3.6 Aristotelismin ja kommunitarismin mahdollisuudet vastata modernin oikeuden ongelmiin	49
4 Synteesi	62

Lähteet:

Kirjallisuus:

Apel, Karl-Otto: Transformation der Philosophie, Band 2, Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft. Frankfurt am Main 1973.

Aristoteles: Nikomakhoksen etiikka. Tampere 2008. Suomentanut ja selitykset laatinut Simo Knuuttila.

Aristoteles: Politiikka. Jyväskylä 1991. Suomentanut A.M. Anttila ja selitykset laatinut Juha Sihvola.

Collins, Randall: Weberian Sociological Theory, Cambridge 1986.

Diamond, Jared: Tykit, Taudit ja Teräs. Helsinki 2003. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Alkuperäisteos: Guns, Germs and Steel, The Fates of Human Societies 1997, 1999.

Finnis, John: Natural Law and Natural Rights, Second Edition. New York 2011. First edition 1980.

Giddens, Anthony: Yhteiskuntateorian keskeisiä ongelmia. Toiminnan, rakenteen ja ristiriidan käsitteet yhteiskunta-analyysissä. Keuruu 1984. Suomentaneet Pasi Andersson ja Ilkka Heiskanen. Alkuperäisteos: Central Problems in Social Theory. Action, Structure and Contradiction in Social Analysis 1979.

Giddens, Anthony: Elämää jälkitraditionaalisessa yhteiskunnassa. Teoksessa; Beck, Ulrich – Giddens, Anthony – Lash, Scott: Nykyaajan jäljillä, Refleksiivinen modernisaatio. Suomentanut Leevi Lehto. Tampere 1995.

Gronow, Jukka: Länsimainen rationalisointiprosessi ja modernin länsimaisen kulttuurin irrationaalisuus. Teoksessa; Hietaniemi, Tapani (toim.): Aiheita Weberistä, Jyväskylä 1987.

Gronow, Jukka ja Töttö, Pertti: Max Weber – Kapitalismi, byrokratia ja länsimainen rationaalisuus. Teoksessa; Gronow, Jukka – Noro, Arto – Töttö, Pertti (toim.): Sosiologian klassikot. Tampere 1997.

Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1. Frankfurt am Main 1981. Habermas 1981a.

Habermas, Jürgen: Theorie des kommunikativen Handelns, Band 2. Frankfurt am Main 1981. Habermas 1981b.

Habermas, Jürgen: The Theory of Communicative Action, Volume two: Lifeworld and System. A Critique of Functionalist Reason. United States 1987. Alkuperäisteos: Theorie des kommunikativen Handelns, Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft. Frankfurt am Main 1981.

Habermas, Jürgen: Järki ja kommunikaatio, Tekstejä 1981-1989. Tampere 1994.
Valinnut ja suomentanut Jussi Kotkavirta. Alkuperäiset tekstit 1983-1991.

Habermas, Jürgen: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1997. Fünfte Auflage. Frankfurt am Main 1992.

Hart, H.L.A.: The Concept of Law. Oxford 1961.

Hietaniemi, Tapani: Max Weber ja Euroopan erityistie. Helsinki 1998.

Hirvonen, Ari: Oikeuden ja lainkäytön teoria. Helsinki 2012.

Hänninen, Sakari: Power as Relation. Teoksessa; Tuori, Kaarlo – Bankowski, Zenon – Uusitalo, Jyrki (toim.): Law and Power, Critical and Socio-Legal Essays. Liverpool 1997.

Häyry, Matti: Jeremy Bentham ja klassinen utilitarismi. Teoksessa; Tontti, Jarkko – Mäkelä, Kaisa (toim.): Filosofien oikeus 1. Saarijärvi 2001.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1914. Dritte Auflage.

Kelsen, Hans: Puhdas oikeusoppi. Porvoo 1968. Suomentanut Olli Nikkola.
Alkuperäisteos: Reine Rechtslehre, Toinen kokonaan uudistettu painos. Wien 1960.

Kopperi, Marjaana: Right Actions and Good Persons. Controversies between Eudaimonistic and Deontic moral theories. Tyne & Wear 1999.

Kotkas, Toomas: Armahdus esimodernin ja modernin oikeuden murroksessa.
Oikeushistorian lisensiaattityö. Helsinki 1999.

Kyntäjä, Timo: Tulopolitiikka Suomessa. Tulopoliittinen diskurssi ja instituutiot 1960-luvulta 1990-luvun kynnykselle. Helsinki 1993.

Lehto, Katriina: Ulrike Meinhof – Lähemmäs totuutta, ei todellisuutta. Jyväskylä 2007.

MacCormick, Neil: H.L.A Hart. Suffolk 1981.

MacIntyre, Alasdair: Hyveiden jäljillä. Tampere 2004. Suomentanut Niko Noponen.
Alkuperäisteos: After Virtue: A study in Moral Theory, Second corrected edition with postscript. London 1985.

Niiniluoto, Ilkka: Onko yrityksillä moraalista vastuuta? Teoksessa; Niiniluoto, Ilkka ja Sihvola, Juha (toim.): Nykyajan etiikka: Keskusteluja ihmisestä ja yhteisöstä. Tampere 2005.

Nousiainen, Kevät: Prosessin Herruus, Länsimaisen oikeudenkäytön ”modernille” ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua. Väitöskirja. Helsinki 1993.

Nousiainen, Kevät: F.C. von Savigny ja ”historiallinen koulu”. Teoksessa; Tontti, Jarkko – Mäkelä, Kaisa – Gylling, Heta (toim.): Filosofien oikeus 1. Saarijärvi 2001.

Paulson, Stanley L. - Litschewski Paulson, Bonnie(toim.): Normativity and Norms, Critical perspectives on Kelsenian Themes. Oxford 1998.

Pihlajamäki, Heikki: Evidence, Crime, and the Legal Profession , The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure. Lund 1997.

Rentto, Juha-Pekka: Toissijainen valtio. Kirjoituksia kansalaisvastuun ensisijaisuudesta subsidiariteettiperiaatteen mukaisessa valtioajattelussa. Turku 1995.

Rentto, Juha-Pekka: Laki vapauden osatekijänä. Aristoteleen onnellinen kansalaisvaltio ja laki. Teoksessa; Tontti, Jarkko – Mäkelä, Kaisa (toim.): Filosofien oikeus 1. Saarijärvi 2001. Rentto 2001a.

Rentto, Juha-Pekka: Laki käytännöllisen järjen instituutiona, Uudet aristoteelikot ja ”uusi luonnonoikeuskoulu”. Teoksessa; Tontti, Jarkko – Mäkelä, Kaisa (toim.): Filosofien oikeus 2. Saarijärvi 2001.

Schluchter, Wolfgang: Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus, eine Analyse von Max Webers Gesellschaftsgeschichte. Tübingen 1979.

Sihvola, Juha: Hyvän elämän politiikka. Näkökulmia Aristoteleen poliittiseen filosofiaan. Helsinki 1994.

Sihvola, Juha: Maailmankansalaisen etiikka. Keuruu 2005.

Sintonen, Matti: Moraalin biologiset juuret. Teoksessa; Kanninen, Vesa – Sintonen, Matti (toim.): Etiikka & Talous. Vantaa 2003.

Tolonen, Hannu: Luonto ja legitimaatio - Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan. Vammala 1984.

Tuori, Kaarlo: Oikeuden rationaalisuus – Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina. Helsinki 1988.

Tuori, Kaarlo: Oikeus, valta ja demokratia. Mänttä 1990.

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.

Tuori, Kaarlo: Jürgen Habermas – oikeuden kommunikatiivinen rationaalisuus. Teoksessa; Tontti, Jarkko – Mäkelä, Kaisa (toim.): Filosofien oikeus 2. Saarijärvi 2001.

Tuori, Kaarlo: Oikeuden ratio ja voluntas. Vantaa 2007.

Weber, Max: Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriss der verstehenden Soziologie. Tübingen 1956. 4. Auflage.

Weber, Max: Protestantinen etiikka ja kapitalismin henki. Juva 1980. Suomentanut Timo Kyntäjä. Alkuperäisteos: Die protestantische Etik und der Geist des Kapitalismus. 1904-1905.

Weber, Max: Tiede ja politiikka, kutsumus ja ammatti. Tampere 2009. Suomentanut Tapani Hietaniemi ja Risto Hannula. Alkuperäisteokset: Politik als Beruf, 1919 ja Wissenschaft als Beruf, 1919.

Artikkelit:

Grisez, Germain: Against Consequentialism, The American Journal of Jurisprudence 23 (1978), s. 21-72.

Grisez, Germain – Boyle, Joseph – Finnis, John: Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends, The American Journal of Jurisprudence 32 (1987), s. 99-151.

Lepsius, Oliver: Freiheit, Sicherheit und Terror: Die Rechtslage in Deutschland, Leviathan Volume 32, Issue 1, March 2004, s. 64-88.

McDougall, Ian – Brown, Francis H. – Fleagle, John G: Stratigraphic placement and age of modern humans from Kibish, Ethiopia. Nature Volume 433, Issue 7027, February 2005, s. 733-736.

Raunio, Tapio; Wiberg, Matti: Valtaa eurokansalle. Miten Euroopan unionin demokratiavaje voidaan poistaa? Poliittika 41:3 1999, s. 155-167.

Kansainväliset sopimukset:

Euroopan ihmisoikeussopimus 63/1999,

Uudistettu Euroopan sosiaalinen peruskirja 78/2002,

Eurooppalainen yleissopimus kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen estämiseksi 17/1991,

Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus ja siihen liittyvä valinnainen pöytäkirja yksilövalituksista 8/1976,

Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus 6/1976.

Lainsäädäntö:

Kansalaisaloitelaki 12/2012.

Suomen perustuslaki 11.6.1999/731.

Valmiuslaki 29.12.2011/1552.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut:

17.01.2012/ Lahtonen,

15.02.2011/ Harju,

15.02.2011/ Heino,

15.02.2011/ Kalle Kangasluoma,

25.01.2011/ Reinboth and others,

11.01.2011/ Seppälä,

12.10.2010/ Saaristo and others,

06.07.2010/ Mariapori,

06.07.2010/ Niskasaari and others,

08.12.2009/ Janatuinen,

08.12.2009/ Taavitsainen,

16.06.2009/ Ruotsalainen,

21.04.2009/ Marttinen,

31.03.2009/ Natunen,

13.01.2009/ Sorvisto,

24.04.2007/V. v. Finland,

09.01.2007/ Uoti,

26.07.2005/ N. v. Finland,

16.12.1997 Raninen.

Kotimaisten tuomioistuinten ratkaisut:

KKO 17.9.2012, Diaarinro H2010/112,

KKO 10.11.2010, Diaarinro H2009/173.

Lehtiartikkelit:

Helsingin Sanomat 13.3.2013, A10, Turkisaloitteelle pitkä viive,

Helsingin Sanomat 11.3.2013, A8, Filosofian suosio hiipuu,

Helsingin Sanomat 9.11.2012, A2, Vieraskynä: Äänestäminen ei enää riitä kaikille,

Helsingin Sanomat 24.2.2012, A2, Vieraskynä: Uusi yhteisöllisyys muuttaa demokratiaa,

Helsingin Sanomat 18.3.2010, A2, Vieraskynä: Lasten filosofointi syventäisi kouluopetusta,

Helsingin Sanomat 17.3.2010, C1: Filosofian pitää olla vaikeaa,

Helsingin Sanomat 1.12.2009, C1: Zizek!

Internet:

http://yle.fi/uutiset/turkistarhauksen_kieltava_kansalaisaloite_menee_eduskuntaan/6443731

<http://www.oikeusasiamies.fi/Resource.phx/pubman/templates/2.htx?id=929>

<http://ruokaosuuskunta.fi/>

<http://www.uuttahelsinkia.fi/asumaan/ryhmarakentaminen>

1 Johdanto

1.1 Aluksi

Oikeuskulttuurien, erilaisten historiallisten oikeustyyppien, oikeusjärjestysten ja oikeusteorioiden historia on ratkaisuyritysten historiaa. Aina on teoretisoitu kysymyksellä mihin oikeus perustuu, ja mistä oikeuden perimmäinen velvoittavuus johtuu. Oikeustieteen ja oikeuden eriytyminen filosofiasta omaksi tieteenalaksi on aiheuttanut lisäksi kysymyksen oikeuden suhteesta tieteenä ja normatiivisena järjestelmänä ympäröivään kulloiseenkin yhteiskuntaan. Oikeuspositivismiin perustuva näkemys oikeudesta autonomisena järjestelmänä johtaa oikeuden arvioimiseen oikeuden sisältä käsin, sisäisestä näkökulmasta. Oikeuden arvioiminen yhteiskuntatieteellisillä metodeilla, oikeuden ulkopuolelta johtaa oikeuden ulkoiseen näkökulmaan. Voidaan myös puhua laajasta ja suppeasta oikeusyhteisöstä. Laaja oikeusyhteisö käsittää kaikki oikeusjärjestyksen piiriin kuuluvat toimijat, kun taas suppeaan oikeusyhteisöön kuuluvat vain erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä harjoittavat toimijat. Voidaan myös puhua osanottajan tai tarkkailijan rooleista. Historiallisesta näkökulmasta oikeusjärjestysten legitimitetti on johdettu eri aikoina eri tavoin.

Antiikin luonnonoikeus perusti oikeuden lähteen funktionaalisen ihmiskäsityksen ja aristoteelisen hyve-etiikan kautta yhteisölliseen moraaliseen arvoperustaan. Tomistinen luonnonoikeus perusti sen suoraan jumalalta saatuun ilmoitukseen, rationaalinen luonnonoikeus etsi oikeuden perimmäistä velvoittavuutta ihmisestä itsestään järjen kautta, ja traditionaalinen oikeuspositivismi¹ perustui hierarkkiseen normipyramidiin

¹ Käytän traditionaalisen oikeuspositivismin käsitettä tarkoittaessani kypsän modernin oikeuden aikaa edeltänyttä oikeuspositivismia. Traditionaalisen oikeuspositivismin ero kypsään moderniin oikeuteen tulee esiin etenkin H.L.A Hartin ja Hans Kelsenin teorioissa esitettyjen viimekätisten oikeuden pätevyyskriteerien muodossa. Hartilla tämä on *tunnistamissääntö* ja Kelsenillä *perusnormi*. Ks. Hart 1961, s.102-105 ja Kelsen 1968, s. 215-220. Traditionaalisella oikeuspositivismilla voidaan tarkoittaa myös oikeuspositivismin perustajina pidettyjen Jeremy Benthamin ja hänen oppilaansa John Austinin oikeuspositivismia. Bentham ja Austin erottivat oikeuden ja moraalin (*oikeuden ja moraalien erotteluteesi*) ja perustivat oikeuden pätevyyden suvereenin lain kautta antamaan käskyyn (*oikeuden*

järjestettyihin lakeihin ja pyramidin sulkevaan perusnormiin tai tunnistamissääntöön. Kypsä moderni oikeus² on saanut hierarkkisen normipyramidin tueksi perus- ja ihmisoikeuslainsäädäntöä, joka on positivoitunut säädettyinä lakeina, osin saatettu voimaan kansainvälisinä velvoittavina sopimuksina³. Kypsän modernin oikeuden tukena on myös demokratiaan perustuva oikeusvaltio. Vaikka kypsä moderni oikeus nähtäisiin eri tasojen vuorovaikutussuhteesta, oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasolta pätevyytensä saavana oikeustyyppinä, sen epistemologiset juuret ovat traditionaalisessa oikeuspositivismissa. Vaikka traditionaaliseen oikeuspositivismiin kuuluvasta perusnormista⁴ on kypsän modernin oikeuden aikakaudella luovuttu oikeuden viimekätisenä pätevyyskriteerinä, ei traditionaalisen oikeuspositivismin vaikutusta nykyiseen kypsään moderniin oikeuteen voida kuitenkaan jättää huomiotta.

1.2 Tutkimuskysymyksestä

Tutkielmani käsittelee kysymystä modernin oikeuden legitiimisyyskriteereistä. Traditionaalisen oikeuspositivismin, siten kuin se on nähty Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin teorioiden valossa⁵, vaikeudet ratkaista oikeuden legitiimisyyskysymyksiä on tiedostettu oikeusteoreettisessa ajattelussa yleisesti viimeistään toisen maailmansodan jälkeen. Toisen maailmansodan jälkeen solmituilla kansainvälisillä sopimuksilla ja eri maiden kansallisen

käskyteoria). Hart on kritisoinut Austinin positivismin *käskyteoriaa*. Aiheesta lisää Hirvonen 2012, s. 180-184.

² Tuori 2000, Kaarlo Tuori käyttää kypsän modernin oikeuden käsitettä teoksessaan Kriittinen oikeuspositivismi, kuvatessaan modernia oikeutta erotuksena traditionaalisesta oikeuspositivismista. Kypsässä modernissa oikeudessa oikeuden pintatasolta alkanut sedimentaatioprosessi on jo tuottanut pintatason sääntelyä ja päätöksiä tukevan oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen.

³ Euroopan ihmisoikeussopimus 63/1999, Uudistettu Euroopan sosiaalinen peruskirja 78/2002, Eurooppalainen yleissopimus kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen estämiseksi 17/1991, Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus ja siihen liittyvä valinnainen pöytäkirja yksilövalituksista 8/1976, Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus 6/1976.

⁴ Kelsen 1968, s. 215-220, Näkökantoja perusnormin luonteesta esim. Paulson – Paulson 1998.

⁵ Tuori 2000, s. 7.

lainsäädännön perusoikeuksilla⁶ on taattu tiettyjä loukkaamattomaksi miellettyjä subjektiivisia oikeuksia kaikille ihmisille. Vaikka edellä mainitut niin sanotut loukkaamattomat oikeudet on säädetty voimassa oleviksi erilaisilla instrumenteilla, voidaanko olla varmoja etteivät valtiot säädä lainsäädäntövaltansa turvin poikkeuksia näihin subjektiivisiin oikeuksiin missään olosuhteissa, tai yksinkertaisesti loukkaa oikeuksia yksittäistapauksissa? Kysymys oikeuden rajoista ja legitiimisyyskriteereistä ei tyhjenny ainoastaan laajaan kansalaisten mielipiteistä tai valmiudesta noudattaa lakeja havaittavaan legitimitettiin, vaan se liittyy olennaisesti myös valtion tai hallinnon intressiperusteiseen tai strategiseen toimintaan, joiden kohteena saattaa olla yksittäistapaus tai suppeampi ihmisten joukko.⁷

Oikeuspositivismi on vallitseva oikeudellinen paradigma länsimaisissa demokratioissa. Oikeuspositivismia voidaan ajatella historiallisena oikeustyyppinä, jonka muutokset oikeudellisen ja yhteiskunnallisen kehityksen myötä ovat selkeästi nähtävissä. Muutokset oikeuspositivismin kuvassa traditionaalisesta oikeuspositivismista siihen modernin oikeuden positivismin, mitä 2010-luvun oikeuspositivismi on, herättivät kysymyksen: onko kypsä moderni oikeus kyennyt vastaamaan oikeuden legitiimisyyskriteereiden kysymykseen selkeämmin kuin traditionaalisen oikeuspositivismin teorialat ovat siihen vastanneet?

Positiivisen oikeuden legitiimisyyskriteereitä käsiteltäessä voidaan pohtia luonnonoikeudellisen ajattelun merkitystä kysymykselle. Tarkastelunäkökulmasta riippuen oikeuden legitiimisyyskriteereitä voidaan tarkastella positiivisen oikeuden autonomisuuden vaatimuksen mukaisesti normatiivisen järjestyksen osana, jolloin luonnonoikeudellinen ajattelu rajautuu kysymyksen ulkopuolelle. Toisaalta luonnonoikeuskin voi olla normatiivista edellyttäessään säädännäisiltä normeilta, että ne ovat sisällöltään luonnonoikeuden normien mukaisia. Arvioitaessa positiivisen oikeuden

⁶ Ks. esim. Suomen perustuslaki 11.6.1999/731.

⁷ Tässä yhteydessä on syytä mainita ns. Terrorismin vastainen sota, joka sai alkunsa vuoden 2001 WTC-iskuista. Taistelu terrorismia vastaan on aiheuttanut lakimuutoksia esim. USA:ssa, Saksassa ja Isossa-Britanniassa. Näiden lakimuutosten on katsottu kaventavan itsestään selvinä pidettyjä kansalaisoikeuksia. Ks. esim. Lehto 2007, s. 57 ja Lepsius 2004.

legitiimisyyskriteereitä yhteiskunnallisten tosiasioiden kautta, muodostuu tarkastelunäkökulma empiiriseksi. Tarkastellessamme positiivisen oikeuden legitiimisyyskriteereitä tästä näkökulmasta tulee luonnonoikeudellinen ajattelu osaksi tutkimusta siinä missä moraalikin. Kypsän modernin oikeuden aikakaudella todellisuuden kahden osa-alueen olemisen ja pitämisen maailman välinen ero ei ole yhtä kategorinen kuin traditionaalisen positivismin aikakaudella. Luonnonoikeudelliset oikeusteoriat ovat pitkälti jääneet syrjään ainakin yhteiskuntatodellisuudessa, mutta oikeuden ja moraalien suhde nousee toistuvasti esiin sekä oikeusteoreettisena että yhteiskunnallisena kysymyksenä. Laajentamalla tarkastelunäkökulmaa empiiriseksi voidaan kypsän modernin oikeuden legitiimisyyskriteereitä arvioida myös yhteiskunnassa ilmenevien arvopostulaattien kannalta. Olisiko positiiviselle oikeudelle kypsän modernin oikeuden aikakautena mahdollista löytää sellaisia legitiimisyyskriteereitä, jotka muodostuisivat yhteisöllisen ajattelun ja yhteisöllisen arvopohjan kautta?

Tutkimuskysymykseni on, onko traditionaalisen oikeuspositivismin kehittyminen moderniksi kypsäksi oikeudeksi ja sen täydentäminen ihmisoikeus- ja perusoikeussubstanssilla ratkaissut kysymykset oikeuden hyväksyttävyydestä ja oikeuden rajoista.

1.3 Rakenne ja rajat

Esitän aluksi kolme erilaista oikeuspositivismiin perustuvaa kuvaa oikeuden legitimaatioperustasta. Saksalainen oikeusteoreetikko ja oikeussosiologi Max Weber on laajassa tuotannossaan analysoinut modernia länsimaista kapitalistista yhteiskuntaa, sen vuorovaikutussuhteita, modernia oikeutta ja sen formaalia rationaalisuutta. Weberin teorian kuvaama modernille länsimaiselle yhteiskunnalle ominainen rationaalisuus pitää sisällään myös käsityksen formaalista oikeudesta.⁸ Weberin käsitys formaalista oikeudesta modernin länsimaisen yhteiskunnan komponenttina on vaikuttanut myöhempiin oikeuspositivistisiin ajattelijoihin ja teoreetikoihin. Hänen

⁸ Weber 1980, s. 9-19, Tuori 2000, s. 37-39 ja Hietaniemi 1998, s.166.

teoriansa ja siinä kuvattu materialisoitumistendenssi on ollut keskeinen lähtökohta oikeuden kehityksestä käydylle sosiologiselle ja oikeusteoreettiselle keskustelulle viime vuosikymmeninä. Hänen lähes sata vuotta vanha näkemyksensä edustaa traditionaalista positivismia, ja sitä on syytä täydentää Jürgen Habermasin ja Kaarlo Tuorin esittämällä tuoreemmilla ajatuksilla kypsästä modernista oikeudesta. Molemmat pitävät kiinni oikeuden positiivisuudesta ja heitä yhdistää oikeuden näkeminen eri tasoja sisältäväksi kerrostuneeksi ilmiöksi. Habermasin mukaan modernin oikeuden normatiiviseen syvärakenteeseen kuuluvat perusoikeuksien järjestelmä ja oikeusvaltion periaatteet. Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa oikeuden eri tasot ovat vuorovaikutuksessa keskenään ja oikeuden liikkuva pintataso joutuu alistumaan oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen normatiiviselle sensuurille.

Pyrin tämän jälkeen esittämään mahdollisesti havaitsemiini ongelmiin ratkaisuvaihtoehdon Aristoteleen etiikan ja siihen perustuvan uudemman kommunitaristisen näkemyksen avulla. Kommunitaristisen näkemyksen esittelyssä pyrin keskittymään yhteisöllisen arvokäsityksen ja yhteisön mahdollisuuksiin ratkaista havaitsemiini ongelmia. Aristotelismia käsiteltäessä ei voi olla mainitsematta Tuomas Akvinolaista ja moraalifilosofian suhdetta teologiaan. Raamatullisen teologian yhdistäminen aristoteeliseen hyve-etiikkaan avaa kuitenkin problematiikan, jossa joudumme väistämättä pohtimaan inhimillisten hyveiden vaatimusten suhdetta jumalallisten käskyjen ja jumalallisen lain vaatimuksiin. Tähän problematiikkaan ei ole aihepiirin laajuuden, eikä tämän tutkielman mitallisten reunaehtojen vuoksi mahdollista syventyä. Rajaakaan siis toismin tämän tutkielman ulkopuolelle lukuun ottamatta muutamaa uutta luonnonoikeuskoulua koskevaa viittausta.

Nykyisessä kypsässä modernissa oikeudessa ja länsimaisessa yhteiskunnassa on paljon enemmän ”pehmeitä” elementtejä kuin Weberin kylmän kalkyloitavassa näkemyksessä. Tällaisina voidaan mainita esimerkiksi hyvinvointivaltio, oikeusperiaatteiden merkityksen kasvaminen, ihmisoikeuksien merkityksen kasvaminen, perusoikeuslainsäädäntö ja

demokratiaperiaatteen merkityksen korostuminen. Weberin teorian perusrakenne, etenkin havainnot kasvavan byrokraattisen hallintokoneiston merkityksestä ja taloudellisten arvojen tunkeutumisesta lähes kaikille yhteiskunnan ja elämän osa-alueille, on edelleen ajankohtainen – ehkä ajankohtaisempi kuin koskaan. Weberin teorian tarjoama analyysi on hyvä perusta edellä mainittujen pehmeämpien elementtien arvioimiselle oikeuden hyväksyttävyyden ja rajojen näkökulmasta. Habermasin ja Tuorin teorioissa kypsästä modernista oikeudesta nämä elementit ovat keskeisessä asemassa.

Kysymys on myös modernin individualistin ja yhteisöllisen heimolaisen kohtaamisesta. Pohdin tässä tutkielmassa mahdollisuutta asettaa individualistiselle oikeussubjektille yhteisöllisiä velvollisuuksia yhteisön jäsenenä oikeuksiensa vastapainoksi. Kyse on ennen muuta elämäntavasta, siitä, elämmekö elämäämme atomistisessa yksilöyhteiskunnassa vai yhteisön jäsenenä. Yhteisöllisyys ajatellaan helposti individualistisesta katsantokannasta vapautta ja yksilön toimintamahdollisuuksia rajoittavaksi, mutta voimme myös kysyä, olemmeko onnellisempia yksin vai yhdessä. Toisaalta kysymys on oikeuden legitimaatiokriteereistä ja niiden taustalla yhteiskuntatodellisuudessa vaikuttavista arvopostulaateista. Kuinka jälkimodernissa individualistisessa yhteiskunnassa arvot ja moraali muodostuvat? Individualistisen ja yhteisöllisen elämäntavan välinen dikotomia liittyy myös konventionaalisen moraalin ja postkonventionaalisen moraalin väliseen eroon. Näille erotteluille on kuitenkin kaikille yhteistä se, että ne liittyvät kypsän modernin oikeuden legitimaatiokriteereihin ja kansalaisyhteiskuntaan tavalla tai toisella.

2 Kypsä moderni oikeus

2.1 Traditionaalisen positivismin kuva (Max Weber)

Weberin näkemystä modernista yhteiskunnasta, sen modernista oikeudesta, rationaalisuudesta ja oikeuden materialisoitumiskehityksestä pidetään laajalti

laajan oikeusyhteisön näkökulma. Se eroaa suppean oikeusyhteisön sisäisestä näkökulmasta, jolloin kysymys on normatiivinen.¹⁴ Kansalaiselle järjestelmä on legitiimi, jos hän itse uskoo siihen ja toimii sääntöjen mukaan. Legitiimi järjestys (Ordnung) perustuu perinnäistapoihin tai lakiin. Perinnäistapaa noudatetaan, koska siitä poikkeamisesta seuraa paheksuntaa. Lakia taas noudatetaan fyysisen tai psyykkisen pakon vuoksi, ja pakkoa tarjoilee yleensä siihen tehtävään auktorisoitu instituutio, kuten esimerkiksi poliisi.

Kansalaiset eivät noudata lakeja ainoastaan odotettavissa olevien rangaistusten tai palkintojen takia, vaan siitä syystä, että he pitävät sääntöjä hyväksyttävänä.¹⁵ Legitiimi järjestys voi Weberin mukaan perustua neljään eri tekijään.¹⁶ Kansalaisen näkökulmasta merkitystä voi olla kaikilla neljällä legitiimisyiden muodolla, mutta modernin oikeuden kannalta keskeistä on rationaalinen legitiimisyys, jolloin legitiimisyys perustuu subjektin punnintaan siitä, mitä seurauksia säännön noudattamisella on.

Weberin sosiologiassa avainkäsite on herruus, (Herrschaft) joka on tottelemista erotuksena vallankäytöstä ja vallasta (Macht) joka on pakottamista. Herruuden kokemuksesta on tyypitelty erilaisiin muotoihin¹⁷, mutta selkeimmin moderniin yhteiskuntaan liittyy rationaalisen herruuden tyyppi, tarkemmin byrokraattiseen hallintokoneistoon nojaava legaalinen herruus.

¹⁴ Tuori 2000, s. 261-264. Oikeuden legitiimisyys voidaan jakaa empiiriseen (jolloin viitataan oikeusnormien tosiasialliseen hyväksyttävyyteen,) ja normatiiviseen legitiimisyys (jolloin viitataan oikeusnormien hyväksyttävyyteen eli hyväksymisen arvoisuuteen,) jakaa vielä vahvaan ja heikkoon legitiimisyys. Weber käytti empiiristä legitiimisyyskäsitettä vahvassa merkityksessä, jolloin kyse on moraali ja arvoperusteisesta hyväksynnästä. Eriävä näkemys asiasta ks. Gronow 1987, s. 32.

¹⁵ Gronow 1997, s. 316.

¹⁶ Weber 1956, s. 17. Legitiimisyys voi Weberin mukaan olla: 1) Affektiivista, jolloin se perustuu tunteenomaiseen samastumiseen; 2) Arvorationaalista, jolloin se perustuu uskoon sääntöjen ehdottomasta hyvydestä, joka seuraa perimmäisistä velvoittavina pidettävistä arvoista; 3) Uskonnollista, jolloin se perustuu uskoon siitä, että sääntöjä noudattamalla pelastuu; 4) Rationaalista, jolloin sääntöjen noudattaminen perustuu arvioon siitä, mitä seurauksia säännön noudattamisesta koituu.

¹⁷ Weber 1956, s. 124. Herruuden legitiimiyden kokemus voi ensisijaisesti olla luonteeltaan. 1) Rationaalista, jolloin se perustuu asetetun järjestyksen legaalisuuteen ja uskoon siitä, että niillä joilla on valta toteuttaa se, on todella myös oikeus hallita; 2) Traditionaalista, jolloin herruuden kokemus perustuu uskoon ikuisesti voimassa olevan tradition pyhyyteen ja traditiota toteuttavien herruusaseman hyväksyttävyyteen; 3) Karismaattista, jolloin antaudutaan jonkun henkilön pyhyyden, sankaritekojen tai esikuvallisuuden valtaan ja noudatetaan siitä syystä hänen ilmoittamaansa järjestystä. Weberiä on arvosteltu siitä, että legitiimin herruuden tyypeissä ei ole lainkaan huomioitu ”arvorationaalista herruutta”, jonka perusta olisi joissakin ehdottomina pidetyissä arvoissa.

Kansalaisten totteleminen ja käskyjen noudattaminen perustuu alamaisen uskoon siitä, että käskyjen antajalla on oikeus käskyjen antamiseen.¹⁸ Kansalainen, alamainen tai oikeussubjekti siis pitää lakeja legitiimeinä ja hyväksyttävänä, sekä noudattaa niitä siitä syystä, että ne on laadittu tietyssä laillisessa järjestyksessä. Lakien noudattamiseen ei välttämättä liity kansalaisen subjektiivista oikeudenmukaisuus-, arvo- tai järkevyysspunnintaa, vaan lakeja noudatetaan siitä syystä, että ne ovat säädetty ja voimaansaatettu perustuslain säätämässä järjestyksessä. Legaalin herruuden rakennetta on pidetty tästä syystä ongelmallisena.¹⁹ Oikeuden legitiimisyys perustuminen sääntöjen tai normien asettamiseen laillisessa järjestyksessä oikean organin toimesta johtaa tilanteeseen, jossa herruus on legitiimiä siitä syystä, että se perustuu voimassaolevaan lakiin.²⁰ Tällainen määrittely tekee Weberin legitimitetin käsitteestä kehämäisen, kuten Kevät Nousiainen toteaa.²¹

Ihmiset yleensä noudattavat lakeja automaattisesti sen kummemmin asiaa pohtimatta uskoen lakien legitiimisyyteen. Modernin maailman positiivisen oikeuden säännöt voivat muuttua nopeastikin ja näennäisen mielivaltaisesti ja olla silti yleisesti hyväksyttyjä. Kansalaiset ovat valmiita muuttamaan käyttäytymistään ilman mitään eettisiä tai sisällöllisiä punnintoja.²² Niklas Luhmanin mukaan oikeuden legitiimisyys on modernin oikeuden oloissa ainoastaan tietynlaista oikeusyhteisössä vallitsevaa yleistä asennetta ja valmiutta noudattaa poliittisten päätöksentekijöiden päätöksiä so. lainsäätäjän säätämiä lakeja.²³

Weberin mukaan modernin länsimaisen oikeusvaltion edellytys on byrokraattinen hallintokoneisto, joka hallitsijan tai esimerkiksi eduskunnan rinnalla käyttää valtaa. Byrokraattinen hallintokoneisto edustaa legaalisen herruuden puhtainta muotoa eli byrokraattista herruutta. Byrokraattinen hallinto byrokraattisen herruuden ilmentäjänä on teknisesti kaikkein tehokkain

¹⁸ Gronow 1997, s. 317.

¹⁹ Gronow 1987, s. 26.

²⁰ Weber 1956, s. 124.

²¹ Nousiainen 1993, s. 23-24.

²² Gronow 1997, s. 320.

²³ Tuori 2000, s. 262.

hallinnan muoto.²⁴ Se on myös täysin persoonaton, tehden päätökset sääntöjen mukaan henkilöön katsomatta.

Moderni kapitalismi tarvitsee modernia oikeutta toimiakseen, ja yhtäläillä byrokraattinen hallinto tarvitsee modernia oikeutta toimiakseen. Byrokratia ja kapitalismi rakenteina edesauttavat ja tukevat toisiaan. Weberille byrokratia on myös arvovapaa hallinnan muoto, joka ei saakaan ottaa huomioon mitään arvolähtökohtia tai päämääriä, koska byrokraattisen hallinnon laskettavuuden vaatimus ja laskennallinen ominaisuus aiheuttaa sen, että siinä voidaan ottaa huomioon vain numeroina ilmaistavat seikat. Siksi kaikki rahassa mitattavat seikat ovat etuoikeutetussa asemassa formaalis-rationaalisessa byrokraattisessa hallinnossa. Byrokratian laskennallisuus ja arvolähtökohtien kieltäminen mahdollistaa byrokraattisen hallintokoneiston käyttämisen niin hyvien kuin huonojenkin päämäärien saavuttamiseksi.

Weberiä kiinnosti länsimaisen kulttuurin rationalisoitumisprosessissa yksilön kohtalo. Rationalisoitumisprosessin huipennus modernin kapitalistisen hallinnon ja talouden formaalis-rationaalisessa toimintatavassa asettaa yksilön minuuden ja merkityksen haasteiden eteen²⁵ Kapitalistinen talous ja byrokraattisen valtion formaali rationaalisuus määrittää ja ohjaa yksilön käyttämiä keinoja ja tavoitteita. Kalkyloitavuus, laskettavuus talouden ja byrokratian ”arvoina”, sekä yhteiskunnallisten rakenteiden muodollinen rationaalisuus ohjaavat yksilön toimintatavoitteet utilitaristisiksi, egoististen intressien sanelemiksi hyötytavoitteiksi. Taloudellinen intressi muodostuu näin kaikkein suurimmaksi toimintaa ohjaavaksi ”arvoksi”. Weberin suuri huolenaihe yksilön kannalta länsimaisessa yhteiskuntakehityksessä oli vapauden ja merkityksen menetys (Freiheit- und Sinnverlust). Yhteiskunnan rakenteisiin objektivoitunut formaali rationaalisuus uhkaa tukahduttaa luovan yksilöllisen merkityksenannon ja aidot yksilölliset arvovalinnat, jotka ovat

²⁴ Gronow 1997, s. 320. Byrokraattinen hallinto ylittää kaikki muut hallintomallit tiukkuudessaan, kurinalaisuudessaan, pysyvyydessään ja tarkkuudessaan.

²⁵ Gronow 1997, s. 322-324.

välttämättömiä antropologisia tarpeita yksilölle modernissa maailmassa, jotta maailman voisi kokea mielekkäänä.²⁶

Vapauden ja merkityksen menetystä korostaa eri elämänsfäärien erkaantuminen toisistaan modernissa kulttuurissa. Erityisesti tiede, taide, moraalit ja oikeus erkanevat ja itsenäistyvät alkuperäisestä metafyyysisestä ja uskonnollisesta perustastaan.²⁷ Tätä prosessia Weber kutsuu moderniksi polyteismiksi, jossa jumalat ovat muuttuneet epäpersoonallisiksi arvoiksi ja arvot henkilökohtaisiksi arvoiksi.²⁸ Tällöin kaikissa eri elämänsfääreissä vallitsevat omat arvonsa ja ne voivat olla ristiriidassa keskenään, ja arvot muuttavat samalla olemustaan. Länsimainen intellektualisoitumisprosessi tuhoaa näin omat lähtökohtansa.²⁹

Weberin *Tiede ammattina ja kutsumuksena* -esseessä esittämä ajankuva voidaan ymmärtää valistuksen projektin kritiikiksi.³⁰ Klassisen aristoteelisen tradition väistyminen valistuksen ajatusten tieltä ei johtanutkaan moraalin ja yksilön täydellistymiseen. Yksilössä oleileva järki ja sen käyttäminen ei johtanutkaan oikeudenmukaiseen yhteiskuntaan. Sen sijaan epäpersoonalliset voimat ja esineellistyneet yhteiskuntasuhteet hallitsevat yksilöiden toimintaa ja vievät heiltä heidän moraalisen autonomiansa.³¹

2.2 Perusoikeudet ja oikeusvaltio oikeuden syvärakenteen normatiivisena ideana (Jürgen Habermas)

Kypsän modernin oikeuden maailmassamme, etenkin Manner-Euroopan romaanis-germaanisten oikeuskulttuurien vaikutusalueella, lainsäädäntö on tärkein oikeuslähde. Positiivisoikeudellinen lainsäädäntö myös mahdollistaa oikeuden rajojen ja legitimitteettikriteerien ongelman muodostumisen. Tämän

²⁶ Tuori 2000, s. 43 ja Gronow 1997, s. 326.

²⁷ Habermas 1981a, s. 250-252, Gronow 1987, s. 11 ja Tuori 2000, s. 39.

²⁸ Gronow 1987, s. 10. Gronow viittaa Weberin teokseen *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1951, s. 588-589.

²⁹ Habermas 1981a, s. 315 ja s. 336-337. Gronow 1987, s. 11.

³⁰ Weber 2009, s. 25-66.

³¹ Gronow 1987, s. 24-25.

ongelman tiedostamisessa on kyse totalitarismin uhasta ja sen torjumisesta. Lainsäätäjä suhtautuu usein oikeuteen instrumentaalisesti ja pyrkii yleensä kohti poliittisia päämääriään käyttäen tavoiterationaalisia argumentaatio- ja toimintamalleja. Oikeuden positivisoitumisen lainsäätäjälle suoma valta tarvitsee modernissa oikeudessa pidäkkeitä edellä mainitun totalitarismin uhan torjumiseksi. Habermas on esittänyt demokraattisen lainsäätämismenettelyn tai rationaalisen kollektiivisen päätöksenteon ideaalimallia ratkaisuksi tähän ongelmaan.³²

Oikeuden ongelmat tulevat esiin niin hänen moraalifilosofisessa diskurssietiikan teoriassaan kuin myös hänen yhteiskuntateoriassaan ja siihen perustuvassa modernin yhteiskunnan analyysissään. Frankfurtin koulukunnan³³ edustajana Habermas on arvioinut modernia yhteiskuntaa ja sen kypsää modernia oikeutta kriittisen teorian mittapuiden mukaan. Modernin yhteiskunnan normatiivisen kritiikin mahdollisuuden Habermas rakentaa modernin oikeuden ja oikeusvaltion peruseriaatteiden rekonstruktion sekä näiden yhteiskuntateoreettisen välittyneisyyden varaan.³⁴ Habermasin käsitys oikeudesta pitää sisällään vaatimuksen oikeuden sisäisestä normatiivisesta sensuurista, jossa sensuurin lähteenä ovat eettisesti ja moraalisesti ladatut periaatteet ja sensuurin kohteena oikeuteen instrumentaalisesti suhtautuva lainsäätäjä.³⁵

Habermasille moderni oikeus on moniulotteinen oikeuksien järjestelmä, jonka legitiimi toimiminen edellyttää vuorovaikutusta oikeuden ulkopuolisten prosessien kanssa. Tällaisia prosesseja ovat demokraattinen lainsäätämismenettely ja poliittisen vallan jakautuminen hallintojärjestelmän ja kansalaisyhteiskunnan toimijoiden kesken. Modernin oikeuden legitimitietin edellytyksenä on myös toteutuvat perus- ja ihmisoikeudet.

³² Habermas 1997, s. 166-167 ja Tuori 2000, s. 240.

³³ Habermas 1994, s. 5-9. Frankfurtin koulukunnan perustajiin lukeutuu mm. Theodor Adorno, Max Horkheimer ja Herbert Marcuse. Nykyään Habermasin katsotaan olevan koulukunnan keskeisin vaikuttaja.

³⁴ Tuori 2000, s. 89-90.

³⁵ Tuori 2000, s. 236 ja 243-244.

Legitiimi positiivinen oikeus edellyttää ollakseen pätevästi voimassa perusoikeuksien järjestelmää. Muodollisen voimassaolon lisäksi perusoikeuksien järjestelmältä edellytetään tosiasiallista voimassaoloa kansalaisten välisissä suhteissa. Perusoikeudet voidaan johtaa vastauksena kysymykseen: Mitä oikeuksia yhteiskunnan jäsenten tulee tunnustaa toisilleen, mikäli he haluavat säännellä yhteistä elämäänsä legitiimisti positiivisen oikeuden avulla? Tapa, jolla Habermas johtaa perusoikeuksien järjestelmän, perusoikeuksien loogisen genesiksen, ei saa varauksetonta hyväksyntää. Perusoikeuksien muotoileminen olemukseltaan intersubjektiiviseksi asettaa ne yhteiskunnan jäsenten sosiaalisiin suhteisiin sen sijaan, että perusoikeudet olisivat yhteiskunnan jäsenten subjektiivisia oikeuksia. Perusoikeuksien ensisijainen vaikutusalue on yhteiskunnan jäsenten keskinäisissä, horisontaalisissa suhteissa, eikä heidän ja julkisen vallan välisissä vertikaalisissa suhteissa. Tällöin oikeuksien loogisen genesiksen kannalta kyse onkin julkiseen valtaan kohdistuvan suojavaikutuksen edellytyksestä. Yhteiskunnan jäsenten on tunnustettava perusoikeudet ensin toinen toisilleen, ennen kuin niillä voisi olla julkista valtaa rajoittavaa vaikutusta.³⁶

Edelleen Habermasin muotoilusta seuraa, että hänen mukaansa perusoikeuksien loogisessa genesiksessä on kyse oikeuden legitiimisyysvaatimusten ja positiivisen oikeuden tunnusmerkkien välisestä vuorovaikutuksesta. Perusoikeuksien tulee mahdollistaa positiivinen oikeus yhteiskunnan jäsenten keskinäisten suhteiden sääntelyn muotona, ja toisaalta niiden tulee varmistaa tämän sääntelyn legitiimisyys. Näin ollen Habermasin teorian mukaan positiiviseen oikeuteen liittyy normatiivisen legitiimisyysvaatimus.³⁷

Modernin oikeuden legitiimisyysvaatimuksen kysymystä Habermas on tarkastellut aiemmin Karl-Otto Apelin kanssa kehittämässään diskurssietiikan teoriassa,³⁸ mutta *Faktizität und Geltung* –teoksessaan hän täsmentää näkemystään postkonventionaalisen moraalin ja positiivisen

³⁶ Tuori 2001, s. 347-348 ja Tuori 2000, s. 100-101.

³⁷ Tuori 2001, s. 348.

³⁸ Apel 1976, s. 358-435.

oikeuden pätevyysvaatimusten suhteesta. Aiempi moraalinormeja varten kehitetty diskurssietiikan periaate on muuttunut diskurssiperiaatteen, joka muotoilee modernin yhteiskunnan kaikkien toimintanormien perustavan pätevyysvaateen, mutta ei vielä ota huomioon morali- ja oikeusnormien eriytymistä. Diskurssiperiaate on muotoiltu seuraavasti: ”Päteviä ovat sellaiset toimintanormit, jotka kaikki mahdolliset asianosaiset voisivat hyväksyä rationaalisen diskurssin osanottajina.”³⁹

Kaarlo Tuori purkaa diskurssiperiaatteen merkityksen teoksessaan Kriittinen oikeuspositivismi seuraavasti: ”Toimintanormit Habermas määrittelee asiallisesti, ajallisesti ja sosiaalisesti yleistetyiksi käyttäytymisodotuksiksi. Asianosaisia taas ovat hänen mukaansa kaikki ne, joiden intressejä normeilla säännellyn käytännön ennakoitavissa olevat seuraukset koskettavat. Rationaalinen diskurssi puolestaan tarkoittaa sellaista asianosaisten käymää julkista keskustelua, jossa normien pätevyysvaatimuksista pyritään yhteisymmärrykseen kaikkien hyväksyttävissä olevilla rationaalisilla perusteilla ja jonka kommunikaatioehdot takaavat asianosaisille yhdenvertaiset osallistumisen ja argumentaation oikeudet.”⁴⁰

Modernin yhteiskunnan toimintanormit jakautuvat morali- ja oikeusnormeiksi. Diskurssiperiaate jakautuu morali- ja demokratia-periaatteen. Moraaliperiaate taas täsmentää diskurssiperiaatetta sellaisille toimintanormeille, joiden rationaalinen hyväksyttävyys edellyttää kaikkien asianosaisten ja heidän intressiensä tasapuolista huomioon ottamista, sekä heidän yhteisen intressinsä mahdollisuutta. Oikeusnormien yhteydessä diskurssiperiaate muodostuu demokratiaperiaatteen, joka samalla tarjoaa vertailuperusteen oikeusnormien legitimiisyydelle. Diskurssiperiaatteen jakaminen postkonventionaalisen moraalin moraalinormien legitimiisyyttä mittaavaksi moraaliperiaatteen ja positiivisen oikeuden legitimiisyyttä mittaavaksi demokratiaperiaatteen johtuu siitä, että oikeus on moraalin ja politiikan funktionaalinen täydennys. Perusoikeuksien järjestelmän tulee Habermasin mukaan mahdollistaa ensinnäkin itse oikeusväline eli positiivinen

³⁹ Habermas 1997, s. 138, asiasta myös: Tuori 2000, s. 102.

⁴⁰ Tuori 2000, s. 102.

oikeus, toiseksi positiivisen oikeuden legitiimisyys. Legitiimisyyden vertailuperuste täsmentyy siten demokratiaperiaatteen eli perusoikeuksien avulla diskurssiperiaate on institutionalisoitava demokratiaperiaatteena. Perusoikeuksien järjestelmän rakennetta ja perusoikeuksien muotoa lainsäädännössä ei ole tässä yhteydessä mahdollista tarkemmin käsitellä⁴¹.

Perusoikeuksien ja demokratiaperiaatteen suhde on sikäli symbioottinen, että ne edellyttävät ja mahdollistavat toinen toisensa. Kansansuvereniteetti institutionalisoituu demokratiaperiaatteena ainoastaan oikeusvälineen kautta.⁴² Oikeusväline eli positiivinen oikeus taas ei Habermasin näkemyksen mukaan ole mahdollinen ilman perusoikeuksia. Positiivinen oikeus edellyttää toimiakseen valtiovaltaa. Modernin maailman ja oikeuden valtiovalta on oikeusvaltio. Tunnettu oikeusvaltion ongelma muotoutuu siitä, miten positiivisen oikeuden itsensä edellyttämää, viime kädessä fyysiseen pakotukseen ja väkivaltaan perustuvaa valtaa voidaan säädellä. Kuinka oikeuden positivoitumisesta seuraavaa välineellistämisen mahdollisuutta, oikeuden instrumentalisointia *Lebensweltistä* irronneen hallinnon systeemiin tarpeisiin voidaan hallita?⁴³

Oikeusvaltioteorioiden tarjoama vastaus pakkovallan säatelemiseksi rakentuu oikeuden varaan. Pakkovaltaa voidaan harjoittaa ainoastaan oikeuden nojalla ja oikeuden määrittämissä muodoissa sekä sen asettamissa rajoissa. Ajatus valtion itserajoituksesta⁴⁴ itse asettamansa oikeuden kautta ei tunnetusti johda tyydyttävään ratkaisuun.⁴⁵ Habermasin näkemyksen mukaan oikeusvaltioidean itserajoituksen muodostaman ongelman ratkaisee vaatimus positiivisen oikeuden legitiimisyydestä. Legitiimi demokraattisesti asetettu oikeus voi

⁴¹ Perusoikeuksien ryhmittelystä ja formuloinnista kunkin maan valtiosääntöön ks. Tuori 2001, s. 349-351.

⁴² Habermas 1997, s. 151-165.

⁴³ Habermas 1997, s. 166-187.

⁴⁴ Jellinek 1914, s. 386. Kantin moraalisen subjektin tavoin valtio rajoittaa itse antamillaan laeilla itseään.

⁴⁵ Tuori 2000, s. 107. Oikeusvaltioteorioiden esittämä vastaus pakkovallan kesyttämiseen oikeuden avulla johtaa kehässä kulkemiseen. Kuinka valtiovaltaa voi rajoittaa oikeus, joka positiivisena oikeutena on valtiovallan itsensä asettamaa.

ratkaista oikeusvaltion ongelman, eli oikeusvaltio on mahdollinen vain demokraattisena oikeusvaltiona.

Demokraattisessa oikeusvaltiossa poliittinen valta jakautuu hallintojärjestelmän, *systeemin* käyttämään hallinnolliseen valtaan ja kansalaisyhteiskunnan, *Lebensweltin* kommunikatiiviseen valtaan. Hallinnollinen valta on hallintojärjestelmän käyttämää ohjausvaltaa, joka turvaa positiivisen oikeuden noudattamisen. Kommunikatiivinen valta on kansalaisten yhteisten vakaumusten muodostamaa mielipidevaltaa, joka saa voimansa julkisuudesta ja kansalaisyhteiskunnan mielipiteen muodostuksesta⁴⁶. Oikeusvaltion ideana on Habermasin mukaan alistaa hallinnollinen valta kommunikatiiviselle vallalle. Demokraattinen lainsäätämismenettely tuottaa oikeuden ohella legitiimissä oikeudessa muodostuvaa kommunikatiivista valtaa. Hallinnon lainalaisuuden ja oikeudenkäytön lakisidonnaisuuden tulee taata hallinnollisen vallan alisteisuus kommunikatiiviselle vallalle. Oikeusvaltion ideaan kuuluu, että hallinnollista valtaa voidaan käyttää vain sen valtakirjan nojalla, jonka kommunikatiivinen valta legitiimin oikeuden muodossa sille myöntää.⁴⁷

Habermasin demokraattisen lainsäätämisen ideaalimallissa ja rationaalisen kollektiivisen tahdonmuodostuksen teoriassa diskurssien ja neuvottelujen ero on keskeinen. Kommunikatiivisen ja strategisen toiminnan ero on siinä, että kommunikatiivisessa toiminnassa toimijat pyrkivät koordinoimaan toimintansa ja tekemään suunnitelmansa kielellisesti välitetyn yhteisymmärryksen perusteella, strategisessa toiminnassa toimijat sen sijaan pyrkivät vaikuttamaan kausaalisesti muiden toimijoiden toimintapäätöksiin. Erotuksena diskursseista neuvottelut eivät ole luonnehdittavissa arkipäivän kommunikatiivisen toiminnan jatkamiseksi refleksiivisellä tasolla, vaan neuvotteluissa osapuolet tähtäävät strategisella toiminnallaan omien

⁴⁶ Habermas 1997, s. 182.

⁴⁷ Habermas 1997, s. 187-207.

erityisintressiensä tyydyttämiseen sen sijaan, että pyrkisivät yhteisymmärrykseen kaikkien hyväksymillä rationaalisilla perusteilla.⁴⁸

Habermasin modernin yhteiskunnan analyysin keskeisiä teemoja ja käsitteitä ovat *Lebensweltin* ja *systeemin* käsitteet ja näiden erottaminen toisistaan, ja tämän erottelun Habermas tekee *Theorie des kommunikativen Handelns* – teoksessa.⁴⁹ Tässä jaossa yhteiskunnan sosiaalinen toiminta jakautuu *Lebensweltin* edustamaan kommunikatiiviseen puoleen, joka on kielellisesti välitettyä yhteisymmärrykseen perustuvaa kommunikatiivisen toiminnan ja sitä vastaavan sosiaalisen integraation aluetta, ja *systeemin* edustamaan strategiseen puoleen. *Systeemin* irtautuminen *Lebensweltistä* on modernin yhteiskunnan kehityskulku. *Systeemin* taloudelliset ja hallinnolliset järjestelmät eivät toimiakseen edellytä toimijoiltaan samanlaista kielellisesti välittyntä yhteisymmärrystä kuin integraatio *Lebensweltin* alueella, vaan integraatio toteutuu *systeemisten ohjausvälineiden*, rahan ja hallinnollisen vallan avulla.⁵⁰

Habermasin tekemä analyysi modernin yhteiskunnan ongelmista tunnetaan *Lebensweltin kolonisaatio* –teesinä. *Systeemin* mekanismit taloudesta ja hallinnosta pyrkivät tunkeutumaan *Lebensweltin* alueelle, jolloin raha ja hallinnollinen valta pyrkivät korvaamaan ihmisten välisen solidaarisuuden ja kielellisesti välitetyn yhteisymmärryksen myös *Lebensweltin* integraatiossa. Habermasin näkemyksen mukaan *Lebensweltin* monetarisoituminen ja byrokratisoituminen etenee yhteiskunnan rakenteissa oikeuden välityksellä. Oikeuden asema *Lebensweltin* ja *systeemin* erottelussa on Habermasin näkemyksen mukaan kaksijakoinen siten, että yhtäällä oikeus mahdollistaa *systeemin* byrokratian ja hallinnollisen vallan imperialistiset pyrkimykset, mutta toisaalla se ankkuroi taloudellisen ja hallinnollisen järjestelmän *Lebensweltin* normatiivisiin rakenteisiin yksityis- ja julkisoikeudellisten periaatteiden kautta. Lisäksi *Lebensweltissä* vaikuttavat moraaliperiaatteet

⁴⁸ Habermas 1981a, s. 37-45. Kaavio Habermasin *demokraattisen lainsäätämisen ideaalimallista* esim. Habermas 1997, s. 207, Tuori 2000, s. 110 tai Tuori 2001, s. 353.

⁴⁹ Habermas 1987, s. 153-197.

⁵⁰ Habermas 1981a-b.

saavat vahvistusta esim. rikos- ja perheoikeuden ydinalueiden säätelystä oikeuden kautta.⁵¹

Habermasin myöhemmässä tuotannossa, etenkin *Faktizität und Geltung* -teoksessa, hän kehittää *Lebensweltin* ja *systeemin* problemaattista vuorovaikutussuhdetta. Eihän ole mitään varsinaisia takeita siitä, että *Lebenswelt* kykenisi puolustautumaan *systeemin* hallinnollisen vallan imperialistisilta pyrkimyksiltä. Habermas asettaa *systeemin* vastavoimaksi oikeusvaltion, jossa oikeus pitää kurissa hallinnollisen vallan imperialistiset pyrkimykset.

Habermasilla oikeuden ja moraalin suhde liittyy jo aiemmin todettuun yhteiskunnan kulttuurisen modernisaation aikaansaamaan prosessiin, jossa aiemmin perinnäistapojen, tapaoikeuden ja uskonnon toisiinsa tiukasti kytkevät arvot, moraalit ja oikeus ovat irtautuneet toisistaan. Oikeuden asteittainen muuttuminen positiiviseksi oikeudeksi aiheuttaa sen, että moraalit ja moraalitajunta, jotka historiallisesti olivat kiinnittyneitä perinnäisiin yhteisöllisiin arvoihin, menettävät näistä arvoista saamansa pätevyyden. Moraalin ja moraalilauseiden pätevyys tulee Habermasin mukaan legitimoida asianosaisten välisessä vapaassa ja tasa-arvoisessa diskurssissa. Tämä antaa moraalille sen postkonventionaalisen luonteen, joka moraalilla kypsässä modernissa oikeudessa on.

Moraalit ja moraalilauseet muuttuvat tässä kehityksessä luonteeltaan ja muodoltaan yleisemmiksi ja abstrakteimmiksi, eikä niillä ole enää sitä konventionaalisen moraalin velvoittavuutta, joka niille muodostui yhteisöllisen arvopohjan perusteella. Postkonventionaalinen moraalit ei käy yhteen luonnonoikeudellisen tradition kanssa, jossa moraalinormit olivat kritiikin ulottumattomissa, mistä johtuen luonnonoikeus ei ole Habermasin mukaan mahdollista modernissa yhteiskunnassa. Toisaalta nykyaikainen positiivinen oikeus ei salli oikeuden ulkopuolisia itseään rajoittavia, oikeuden ylä- tai ulkopuolelle sijoittuvia ei-positiivisia normeja. Näin ollen Habermasin

⁵¹ Habermas 1981b, s. 534-547.

teoriassa moraali ei ole oikeuden perusta, vaan oikeus ja moraali ovat sijoittuneet ikään kuin horisontaalisesti samalle tasolle ollen vuorovaikutuksessa keskenään edellyttäen ja täydentäen toisiaan. Oikeus ja moraali yhteiskunnallisen sääntelyn muotoina toimivat siten yhdessä ja vuorovaikutuksessa keskenään. Postkonventionaalinen moraali synnyttää kuitenkin ongelman sosiaalisen integraatiopyrkimyksen näkökulmasta. Miten sosiaalinen integraatio olisi mahdollista tilanteessa, jossa moraalinormit ovat jatkuvasti kyseenalaistettavissa, ne muuttuvat muodoltaan ja sisällöltään yhä yleisimmiksi ja abstraktimmiksi, eikä niillä välttämättä ole yhteiskunnan jäsenten käyttäytymistä motivoivaa voimaa?

Habermasin vastaus postkonventionaalisen moraalin aiheuttamiin sosiaalisen integraation ongelmiin on sen täydentäminen positiivisella oikeudella. Positiivinen oikeus on siis postkonventionaalisen moraalin toimimisen edellytys. Täsmällisesti asetetut oikeusnormit ja niiden sovellukset yksittäistapauksessa korvaavat postkonventionaalisen moraalin sisällöllistä epämääräisyyttä. Yhteiskunnan jäsenten käyttäytymistä ohjaavan motivoivan voiman puuttumista korvataan mahdollisuudella toteuttaa normit tarvittaessa pakolla. Habermasin näkemyksen mukaan postkonventionaalista moraalista täydentävän positiivisen oikeuden ensisijainen yhteiskunnallinen tehtävä on vakauttaa yhteiskunnan jäsenten toisiinsa kohdistamia käyttäytymisodotuksia ja varmistaa niiden toteutuminen. Lisäksi olennaista on se, ettei positiivinen oikeus funktiotaan toteuttaessaan peruuta *Lebensweltin* kommunikatiivista rationaalistumista, jota normien pätevyyden kritisoitavuuden mahdollisuus ja diskursiivisen hyväksyttävyyden vaatimus ilmentävät. Positiivisen oikeuden voimassaolon ehtona kuitenkin on, että se on legitiimiä ja demokraattisesti asetettua oikeutta.⁵²

Habermasin pyrkimyksenä on ollut modernin oikeuden rekonstruktiossaan osoittaa, että modernin oikeuden normatiivinen ydin koostuu moraalisesti ja eettisesti ladatuista periaatteista. Hänen käsityksensä oikeudesta pitää sisällään ajatuksen oikeuden sisäisestä normatiivisesta sensuurista, jossa moraalilla ja

⁵² Habermas 1997, s. 135-151.

eettisillä periaatteilla voidaan rajoittaa lainsäätäjän instrumentalistisia strategiseen toimintaan perustuvia pyrkimyksiä. Habermasin oikeudelle asettamien legitiimisyyskriteerien toteutuminen riippuu kuitenkin lopulta yhteiskuntatodellisuudesta, sillä mikäli oikeudellisissa käytännöissä ei noudateta niiltä edellytettyä diskursiivisuuden astetta, ei legitiimisyyskriteerien toteutumisestakaan voida olla varmoja.

2.3 Normatiivinen sensuuri lainsäädännön vartijana (Kaarlo Tuori)

Kaarlo Tuorin näkemys oikeudesta poikkeaa Hans Kelsenin ja H.L.A Hartin traditionaalisesta oikeuspositivismista. Hartin ja Kelsenin teorioiden ratkaisu oikeuden pätevyyskysymykseen on samankaltainen. Yleisesti voidaan luonnehtia molempien teorioiden pätevyyskysymyksen ratkaisun perustuvan hierarkkiseen normien pätevyyden johtamiseen ylemmänasteisen normin pätevyydestä. Kelsen käyttää rakenteesta kuvaavaa nimitystä *normipyramidi*, *Stufenbau*. Normiketjun huipulla tai viimeisenä normina kohdataan kuitenkin normi, joka sisältää kaikkien edellisten normien pätevyyden arviointikriteerit, mutta jonka omaa pätevyyttä ei voida johtaa mistään muusta säännöstä. Tässä pisteessä Hartin ja Kelsenin teorial ratkaisevat syntyneen ongelman eri tavoin. Kelsenin ratkaisu on *perusnormi*, joka on luonteeltaan hypoteettinen, edellytetty⁵³. Hart puolestaan kieltäytyy ottamasta Kelsenin tekemää transsendentaalista loikkausta ja perustelee normiketjun viimeisen lenkin olemassaolon *tunnistamissäännön*, *ultimate rule of recognition*, avulla⁵⁴. Tunnistamissääntö todentuu Hartin mukaan tuomareiden ratkaisuissa. Tuomarit ratkaisevat tunnistamissäännön avulla oikeusjärjestykseen kuuluvat pätevät normit. Ongelma Kelsenin esittämässä ratkaisussa on perusnormin luonne edellytettynä. Edellytettynä se ei täytä oikeuden positiivisuuden vaatimusta. Hart taas joutuu vaikeuksiin sen määrittelyssä, kuuluuko tunnistamissääntö normatiivisten velvoittavien normien joukkoon vai onko se

⁵³ Kelsen 1968, s. 215-220.

⁵⁴ Hart 1961, s. 102-105.

empiirinen säännönmukaisuus. Raja olemisen ja pitämisen maailmojen välillä on tällöin häilyvä.⁵⁵

Tuorin kriittiseksi oikeuspositivismiksi kutsuma teoria tunnustautuu positivistiseksi ja se jakaa käsityksen modernin oikeuden positiivisesta luonteesta. Sen sijaan kahden muun traditionaalisen oikeuspositivismin tunnusmerkin, olemisen ja pitämisen erottelun ja oikeuden ja moraalin välisen suhteen osalta Tuori ei tee absoluuttista rajaa.⁵⁶

Tuorin esittämä näkemys vaihtoehdoksi traditionaaliselle oikeuspositivismille pyrkii vastaamaan kysymykseen oikeuden rajoista ja legitiimisyyskriteereistä pitäen kuitenkin kiinni modernin oikeuden perustavasta positiivisuudesta. Traditionaalisen oikeuspositivismin rajojen ja legitiimisyyskriteerien ongelma seuraa oikeuteen liittyvästä pakotuksen mahdollisuudesta ja palautuu oikeuden ontologista autonomisuutta ylläpitäviin pätevyyskriteereihin. Nämä kriteerit määräävät, kuuluuko jokin normi oikeusjärjestykseen vai ei, ja erottavat oikeuden niin tosiasioiden maailmasta kuin muistakin normijärjestyksistä, kuten uskonnosta ja moraalista.⁵⁷ Oikeudellisen pakotuksen mahdollisuus ja oikeuden pätevyyskriteerit on ennen modernia oikeutta edeltäneessä länsimaisessa traditiossa ratkaistu luonnonoikeudellisilla käsitteillä. Tuorin näkemyksen mukaan traditionaalisen oikeuspositivismin ongelmiin tulisi pystyä vastaamaan ilman oletusta universaaleista, ajasta ja paikasta riippumattomista, moraalifilosofisista normatiivisista periaatteista. Vastauksen tulisi silti olla sopusoinnussa modernin oikeuden positiivisuuden kanssa.⁵⁸

Modernin oikeuden positiivisuusvaatimuksesta seuraa, että ratkaisu oikeuden rajojen ja legitiimisyyskriteerien ongelmaan tulee löytää positiivisen oikeuden sisältä käsin. Rajojen ja legitiimisyyden määreiden tulee myös täyttää oikeuden positiivisuuden tunnusmerkit.

⁵⁵ Aiheesta kokoavasti ks. Hirvonen 2012, s. 182-187 ja Tuori 2000, s. 26-29.

⁵⁶ Tuori 2000, s. 31.

⁵⁷ Tuori 2000, s. 26.

⁵⁸ Tuori 2000, s. 29.

Kypsän modernin oikeuden hahmottaminen monitasoiseksi kerrostuneeksi rakenteeksi tarjoaa Tuorin mukaan mahdollisuuden ratkaista oikeuden rajojen ja legitiimisyyskriteerien ongelma kypsässä modernissa oikeuspositivismissa. Oikeuden pintataso lakikirjan säädöksinä, tuomioistuinratkaisuin ja oikeustieteellisessä kirjallisuudessa esitettyinä ratkaisuin on näkyvin oikeuden tasoista, ja se myös usein edustaa tyypillistä kuvaa oikeudesta sekä lakimiesten että maallikoiden parissa.⁵⁹ Tuori kuvaa oikeuden pintatasoa alati muuttuvaksi, oikeudellisiin päätöksiin perustuvaksi ja uusilla päätöksillä muutettavaksi oikeuden tasoksi. Modernin yhteiskunnan tärkeimmiksi oikeudellisiksi käytännöiksi Tuori nimeää lainsäätämisen eli oikeusnormien asettamisen, lainkäytön ja oikeustieteen. Oikeuden pintatason tärkeimmät komponentit ovat vastaavasti edellä mainitut lait ja muut säädökset, tuomioistuinratkaisut ja oikeustieteessä esitetyt ratkaisut ja tulkintakannanotot. Sijoittaessaan oikeustieteen tuottamat ratkaisuehdotukset ja tulkintakannanotot oikeuden pintatasolle kuuluvaksi, Tuori tekee eron Kelsenin edustamaan traditionaaliseen positivismiin. Kelsenin teorian mukaan oikeusnormien muodostamiseen osallistuivat vain lainsäädännön ja lainkäytön kaltaiset toiminnot. Oikeusnormeja luovat aktit tahdonakteina sijoittuvat olemisen maailmaan (*Sein*) ja niiden normatiivinen sisältö pitämisen maailmaan (*Sollen*). Oikeustieteen suhde oikeusnormeihin on siten puhtaasti kognitiivinen. Tuori sen sijaan korostaa oikeustieteen aktiivista roolia oikeuden tuottamisessa ja uusintamisessa.⁶⁰

Oikeuskulttuurin taso on oikeuden pintatason alapuolella oleva taso, joka muodostuu yleisestä oikeuskulttuurista, lakimiesten muodostamasta erityisestä oikeudellisesta asiantuntijakulttuurista, eri oikeudenalojen yleisistä opeista ja oikeuslähdeopista. Oikeuskulttuurin tasolla lakimiehet erityisen koulutuksen saaneina oikeuden ammattilaisina muodostavat oikeusyhteisön sanan suppeassa merkityksessä, erotuksena laajasta oikeusyhteisöstä, johon kuuluvat kaikki tietyn oikeusjärjestyksen alaiset toimijat. Oikeudellisen asiantuntijakulttuurin muodostumisen ja sen merkityksen oikeuden formaalille rationaalisuudelle havaitsi jo Weber kuvatessaan formaalis-rationaalisen

⁵⁹ Tuori 2000, s. 163.

⁶⁰ Tuori 2000, s. 171-172 ja Kelsen 1968, s. 78.

oikeuden systemaattisuutta ja oikeudellisen normijärjestelmän autonomisuutta. Lakimiehet oikeudellisen asiantuntijakulttuurin edustajina mahdollistivat osaltaan normiaineiston systematisoinnin ja oikeuden ennustettavuuden yksittäistapauksissa. Asiantuntijakulttuurin muodostumisesta seuraa myös kielen tasolla tapahtuva eriytyminen. Tästä seuraa kommunikaatiovaikeuksia maallikoiden ja asiantuntijakulttuurin edustajien välillä.⁶¹ Oikeuskulttuurin kokonaisuus ilmenee ja vaikuttaa lakimiesten ammattitaidossa, praktisena tietona. Tällaista praktista tietoa on esimerkiksi lakimiesten käsitys oikeusjärjestykseen kuuluvista metanormeista. Tällaisia metanormeja on ensinnäkin oikeuslähdeoppi, joka osoittaa oikeudelliselle toimijalle mihin lähteisiin ratkaisut on perustettava ja mikä on näiden lähteiden keskinäinen etusijajärjestys. Toiseksi metanormeja ovat oikeusnormien tulkinnassa ja normien välisissä ristiriitojen ratkaisutilanteissa käytettävät standardit. Kolmanneksi metanormeja ovat oikeusnormien tulkintaa ohjaavat standardit ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan ja lainopin argumentaatiomallit.⁶²

Oikeuskulttuurin tasolle kuuluvissa eri oikeudenalojen yleisissä opeissa yhdistyvät oikeuskulttuurin käsitteelliset⁶³ ja normatiiviset ainekset⁶⁴. Eri oikeudenalojen identiteetti muodostuu yleisten oppien kautta. Niin ikään oikeusjärjestyksen systemaattisuus muodostuu yleisten oppien kautta. Oikeusjärjestyksen systemaattisuus on edellytys lainkäytön ennustettavuudelle ja oikeuden formaalille rationaalisuudelle.⁶⁵ Yleiset opit ovat olennainen osa lakimiesten asiantuntijakulttuuriin liittyvää lakimiesten esiymmärrystä ja lakimiesten omaamaa hiljaista tekijän tietoa.⁶⁶

⁶¹ Tuori 2000, s. 178-179, Hänninen 1997, s. 37-38, Giddens 1996, s. 117.

⁶² Tuori 2000, s. 184-185.

⁶³ Tuori 2000, s. 192-195 ja Tuori 2007, s. 167-182. Käsitteistä ja käsitteiden määrittelystä. Oikeuden rajojen ja hyväksyttävyyden kannalta mielenkiintoista on etenkin Tuorin esittelemät saksalaisen Carl Schmittin näkemykset käsitteiden strategisesta uudelleen määrittelystä.

⁶⁴ Tuori 2000, s. 196-202. Yleisistä oikeusperiaatteista ja sääntöjen ja periaatteiden välisestä suhteesta.

⁶⁵ Tuori 2000, s. 187.

⁶⁶ Tuori 2007, s. 29-30, Giddens 1984, s. 25. Oikeudellisen asiantuntijakulttuurin jäsenet soveltavat oikeudellisissa käytännöissään dogmaattisia teorioita, oikeudellisia käsitteitä ja yleisiä oikeusperiaatteita olematta kuitenkaan välittömästi tietoisia niiden merkityksestä. Ongelmatilanteissa hiljainen, praktinen tieto joudutaan muuntamaan diskursiiviseksi tiedoksi, jotta teorian merkitys voidaan täsmentää tosiasioiden valossa. Rutiinitapauksessa hiljainen tekijän tieto näyttäytyy vain lakimiesten ammatillisena pätevyytenä.

Modernin oikeuden syvärakenne on Tuorin teoriassa kolmas, oikeuden syvin taso. Ajatus oikeuskulttuurin tason alapuolella vaikuttavasta oikeuden syvärakenteesta perustuu ajatukseen eri oikeuskulttuurien yhteisestä ytimestä. Eri maiden oikeusjärjestyksillä on pintatason eroista huolimatta kuitenkin jotain yhteistä. USA:n, Saksan ja Suomen oikeusjärjestykset edustavat kaikki modernia oikeutta ja eroavat oikeuden pintatasolla toisistaan, mutta mainittujen oikeusjärjestysten historiallisessa kontekstissa löytyy kuitenkin jotain samaa ja muuttumatonta. Vaikka oikeudellisen ajattelun hallitsevat paradigmat kokisivatkin muutoksia⁶⁷, Tuori esittää mahdollisuuden, että oikeudessa syvärakenteen tasolla olisi sittenkin jotain pysyvämpää. Eri oikeuskulttuurien yhteinen ydin eli oikeuden syvärakenteen taso mahdollistaa modernin oikeuden näkemisen historiallisena oikeustyyppinä. Mikäli oikeushistoriasta voidaan erottaa erilaisia oikeustyyppejä, on Tuorin mukaan ero mahdollista tehdä juuri eri oikeustyyppien syvärakenteen yksilöllisten piirteiden avulla.⁶⁸

Tuori käyttää oikeuden syvärakenteen kuvaamiseen historian tutkimuksen, erityisesti ranskalaisen annalistisen koulukunnan, käyttämää metodologiaa historian kerrostuneesta rakenteesta. Tämän mukaan historia ei koostu vain välittömästi havaittavista yksityiskohdista, vaan historiaan kuuluu myös syvempiä kerrostumia. Näiden kerrostumien muutosrytmi on hitaampaa kuin pintatason ilmiöiden.

Arvioidessaan kypsään moderniin oikeuteen sisältyvää historiallisuutta Tuori viittaa Anthony Giddensin ajatukseen siitä, että tieto erotellaan diskursiiviseen ja praktiseen tietoon. Giddensin näkemyksen mukaan sosiaaliseen toimintaan kuuluu toimijan käsitys toiminnasta ja sen ehdoista. Kaikki toimijan tieto ei kuitenkaan ole kielellis-käsitteellisesti ilmaistavaa diskursiivista tietoa, vaan osa toimijan tiedosta on praktista, implisiittistä ja itsestään selvää tietoa. Praktinen tieto on sosiaaliseen toimintaan ja sosiaaliseen elämään liittyvää perustavaa tietoa, joka ylipäättään mahdollistaa sosiaalisen elämän

⁶⁷ Tuori 2000, s. 203. Suomessa esim. Analyttisen ajattelun syrjäyttäessä käsiteläinopillisen ajattelun hallitsevana oikeudellisena paradigmatena.

⁶⁸ Tuori 2000, s. 203.

perustoiminnot ja rutiiniluonteisen toiminnan. Oikeudelliset toimijat hyödyntävät ratkaisutoiminnassaan pääasiassa oikeuden pintatason diskursiivista tietoa, ja tällaista on esimerkiksi lakikirjan sisältämä säädösmateriaali. Oikeudellinen ratkaisu ei kuitenkaan synny pelkästään diskursiivisen tiedon pohjalta, vaan oikeudelliset toimijat hyödyntävät ratkaisua tehdessään myös oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasoille sijoittuvaa tietoa. Tällaista tietoa ei yleensä muotoilla diskursiiviseksi tiedoksi, vaan se edustaa Giddensin tarkoittamaa praktista tietoa.⁶⁹

Oikeudellista käytäntöä toteutettaessa hyödynnetään näin kaikkia oikeuden tasoja. Oikeuden pintatason alapuoliset kerrostumat ovat sikäli konstitutiivisessa asemassa, että ne mahdollistavat oikeuden pintatason jatkuvan liikkeen, minkä oikeudelliset toimijat oikeudellisia käytäntöjä harjoittaessaan saavat aikaan. Oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen konstitutiivinen vaikutus toteutuu oikeudellisten toimijoiden praktisen tiedon välityksellä siten, että he tukeutuvat oikeuskulttuuria ja syvärakennetta koskevaan tietoonsa. Giddens nimittäisi oikeuskulttuuria ja oikeuden syvärakennetta sosiaalisen toimintateorian käsittein oikeudellisten käytäntöjen tunnistamattomiksi edellytyksiksi.⁷⁰

Oikeudellisten toimijoiden soveltaessa oikeuden syvärakenteeseen kuuluvaa praktista tietoa muuttuu heidän asemansa oikeudellisena toimijana. Vaikka oikeudellista ratkaisua tekevä toimija ja oikeudellisen käytännön osanottaja omaa lakimiehen sisäisen näkemyksen oikeuteen ollen suppean oikeusyhteisön jäsen, on hän praktista tietoa soveltaessaan osa laajaa oikeusyhteisöä, modernin yhteiskunnan jäsen ja oikeussubjekti.⁷¹

Oikeuden syvärakenteeseen kuuluvina ainesosina Tuori mainitsee sellaiset perustavat oikeudelliset kategoriat kuin oikeussubjekti ja subjektiivinen

⁶⁹ Tuori 2000, s. 163-171, Giddens 1984, s. 22-26 ja Kyntäjä 1993, s. 37-38.

⁷⁰ Tuori 2000, s. 267.

⁷¹ Tuori 2000, s. 204-205.

oikeus, sekä sellaiset periaatteet kuten ihmisoikeudet ja demokratiaperiaatteet yleisinä normatiivisinä ideoina.⁷²

Oikeuden syvärakenteesta ja oikeuskulttuurista Tuori johtaa modernin oikeuden legitiimisyyskriteerit. Kuten aiemmin jo Weberin teoriasta kävi ilmi, voidaan legitiimisyyskysymystä lähestyä eri näkökulmista. Katsantokantaan vaikuttaa myös se, tarkastellaanko asiaa suppean vai laajan oikeusyhteisön näkökulmasta. Legitiimisyyskysymystä voidaan lähestyä empiirisestä tai normatiivisesta näkökulmasta.⁷³ Tuori tarkastelee legitiimisyyskysymystä normatiivisen legitiimisyyden kautta ja keskittyy oikeuteen symbolis-normatiivisena ilmiönä. Kysymys oikeuden legitiimisyydestä voi aktualisoitua yksittäisen normin tai koko oikeusjärjestyksen legitiimisyyden kysymyksenä ja se voi koskea yhtä hyvin suppean oikeusyhteisön erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä kuin laajaa oikeusyhteisöäkin. Kuitenkin vain laaja oikeusyhteisö voi kyseenalaistaa niin yksittäisen normin kuin koko oikeusjärjestyksenkin legitiimisyyden. Suppean oikeusyhteisön jäsen harjoittaessaan erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä ei voi katsantokantansa vuoksi harjoittaa oikeusjärjestykseen kohdistuvaa fundamentaalikritiikkiä, sillä oikeusjärjestyksen legitimitetti on erikoistuneissa oikeudellisissa käytännöissä ikään kuin sisällytetty ennakko-oletus. Mikäli erikoistuneiden oikeudellisten käytäntöjen toimijat kieltäisivät koko oikeusjärjestyksen legitiimisyyden tulisivat he samalla kieltäneeksi sekä oman toimintansa edellytysten ja vaikutusten legitiimisyyden, että oikeusjärjestystä edellyttävän oikeutta tuottavan ja uusintavan toimintansa legitiimisyyden. Tällöin he ajautuisivat niin sanottuun performatiiviseen ristiriitaan.⁷⁴

Näin ollen koko oikeusjärjestyksen legitiimisyyskysymystä ei voida asettaa oikeuden sisäisenä kysymyksenä, vaan oikeuden syvärakenteen normatiiviset periaatteet ovat viimeinen lukko oikeuden tasojen välisissä justifikaatioprosesseissa. Oikeuden syvärakenteen periaatteiden legitimaatioperusta voidaan kyseenalaistaa vain laajan oikeusyhteisön

⁷² Tuori 2000, s. 213.

⁷³ Tuori 2000, s. 261.

⁷⁴ Tuori 2000, s. 266-268.

autonomisena kritiikkinä, ei sen sijaan oikeuden sisäisten erikoistuneiden käytäntöjen immanenttina kritiikkinä.

Tuori toteaa modernin oikeuden olevan sidoksissa valtiovaltaan ”elämänsä” molemmissa päissä, asettamisessaan ja toteutumisessaan siten, ettei oikeusjärjestyksen legitiimiyttä voi hänen mukaansa kiistää joutumatta samalla kiistämään valtiovallan organisoimisperiaatteita ja koko poliittisen järjestelmän legitiimisyttä. Uuden ajan alun luonnonoikeudellisissa teorioissa valtiovallan ja poliittisen järjestelmän suhde legitiimisyyteen nähtiin vielä oikeudellisena ongelmana, ja problematiikka muotoutui kysymykseen oikeudesta vallankumoukseen tai vastarintaan. Kypsän modernin oikeuden aikakaudella ei poliittisen järjestelmän, eikä oikeusjärjestelmän legitiimisyttä voida tarkastella enää oikeuden sisäisenä kysymyksenä.⁷⁵ Myös Weber on nähnyt yhteyden poliittisen järjestelmän, hallitsemistavan, ja oikeuden legitiimisyyden välillä. Modernilla oikeudella ja byrokraattisella legaalis-rationaalisella hallitsemistavalla on hänen mukaansa sama legitiimisyysperusta.⁷⁶

2.4 Yhteenvetoa

Oikeuspositivismien luonteen mukaisesti tarkastelun kriteerit ja kritiikin mahdollisuus tulisi löytää positiivisen oikeuden sisältä käsin. Oikeussosiologit kuten Weber ja Niklas Luhman ovat käsitelleet asiaa empiirisestä merkityksessä. Empiirinen legitiimisyys voidaan jakaa vielä vahvaan ja heikkoon merkitykseen. Vahvassa merkityksessä empiirinen legitimizeetti merkitsee nimenomaan moraali- tai arvoperusteista hyväksyntää. Heikossa merkityksessä empiirinen legitimizeetti merkitsee vain eräänlaista oikeusyhteisön asennetta tai yleistä valmiutta noudattaa poliittisten päätöksentekijöiden päätöksiä. Tuorin näkemyksen mukaan Weber käytti empiiristä legitiimisyyskäsitettä vahvassa merkityksessä, sillä hän sisällytti

⁷⁵ Tuori 2000, s. 268-269.

⁷⁶ Tuori 2000, s. 269 ja Weber 1956, s. 124-130.

legitiimisyys perustavaan uskomukseen sidonnaisuuden tunteen, jonka Tuori tulkitsee tarkoittavan juuri moraali- ja arvosidonnaista hyväksyntää.⁷⁷

Saksalaisen sosiologin Wolfgang Schluchterin mukaan Weber näki oikeuden ja moraalin erottuneen toisistaan, ja modernin oikeuden palvelevan ennen kaikkea taloudellisia toimijoita. Formaali moderni oikeus antaa taloudellisille toimijoille ennustettavuutta arvioitaessa oman toiminnan kustannuksia, hyötyjä ja oikeudellisia seurauksia suhteessa valtion hallintoon ja oikeuslaitokseen.⁷⁸ Schluchterin tulkinnan mukaan Weberin vaihtoehdot oikeudelle olivat oikeus, joka toimii tiettyjen materiaalis-eettisten arvolähtökohtien mukaan eikä ole yhteensopivaa formaalis-rationaalisen toiminnan kanssa, tai formaali positiivinen oikeus, johon taas ei voi liittää mitään materiaalis-eettisiä arvolähtökohtia. Arvorationaalinen ja päämäärarationaalinen, materiaallinen ja formaali rationaalisuus ovat näin ollen myös oikeuden ja moraalin suhteen kannalta toistensa vastakohtia ja toisensa poissulkevia vaihtoehtoja.⁷⁹

Schluchterin näkemyksen mukaan Weber ei ole huomionnut sitä, että legaalisuususkonkin tulisi viimekädessä perustua sellaisiin perusnormeihin, joilla on eettinen perusta. Legaalisuususkokin olisi tällöin lopulta olemukseltaan arvorationaalista, sillä Weber asettaa legitiimiyden vastakohdaksi aina toiminnan, joka perustuu intressien ajamiseen tai pakkoon korostaen sitä seikkaa, että legitiimejä käskyjä ja määräyksiä noudatetaan siksi, että ne hyväksytään. Tästä seuraa Schluchterin mielestä se, että oikeusnormin tulee olla viime kädessä sidottu eettisiin normeihin: ”Vain sellainen positiivinen asettaminen, joka on sidottu oikeusperusteisiin, voi pitemmän päälle luoda legaaliuskoa, joka synnyttää legitimizeettiä.” Schluchterin näkemyksen mukaan Weber aikansa oikeuspositivismin ja luonnonoikeudellisen näkemyksen kritiikin vuoksi ei kykene hahmottamaan sellaista universaalia vastuuetiikkaa, joka kykenisi yhdistämään yksilön vapauden, toisen yksilön omantunnon vapauden ja yksilön toimintaa sitovat

⁷⁷ Tuori 2000, s. 260-262 ja Tuori 1990, s. 195-197.

⁷⁸ Gronow 1987, s. 27.

⁷⁹ Schluchter 1979, s. 161, myös Gronow 1987, s. 27.

normit. Weber, erottaessaan oikeuden ja moraalin, ajattelee vakaumusetiikkaa (*Gesinnungsethik*), joka ei ole yhdistettävissä (Schluchterin näkemyksen mukaan) juridiseen ajatteluun, joka kohtelee kaikkia oikeussubjekteja neutraalisti.⁸⁰

Henkilökohtaisesti en voi täysin ymmärtää Schluchterin esittämää kritiikkiä. Weberin näkemys edustaa traditionaalista oikeuspositivismia, jonka mukaan normit ovat legitiimejä, kun ne on asettanut lainsäätävä oikeassa järjestyksessä. Weberin esittämän näkemyksen vaikutukset näkyvät Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin teoriassa, jonka mukaan oikeusnormin materiaallinen sisältö voi olla mitä tahansa, mikäli se on luotu määrätyllä normihierarkiaan perustuvalla tavalla. Näin ollen mikään substanssi ei itsessään ole mahdoton oikeusnormin sisällöksi. Kelseniläiseen näkemykseen liittyy lisäksi vahvasti oikeuden autonomisuuden vaatimus.⁸¹ Weber näki lakia noudattavat kansalaiset alamaisin, joita ohjasi alamaisen usko siihen, että lakeja säätävällä ja käskyjä antavalla auktoriteetilla on oikeus käskyjen antamiseen. Näin ollen, mikäli traditionaalisen oikeuspositivistisen näkemyksen mukaan lain substanssi voi materiaalisesti olla mitä tahansa, ei laki voi olla sidottu eettisiin normeihin muuten kuin lainsäätäjän tahdon perusteella. Luonnollisesti lain taustalla voi olla eettinen normi, mutta se ei kai ole edellytys. Perustuuko Schluchterin näkemys siihen ajatukseen, että kansalaiset eivät noudata lakia pitemmän päälle, mikäli sillä ei ole eettistä normitaustaa? Weberhän näkee kansalaiset nimenomaan alamaisin, jotka noudattavat lakia alamaisuususkon perusteella. Ei kai voida lähteä edes teoriassa oletuksesta, että kansalaisilla on optimaalinen tieto ja ymmärrys voimassaolevasta oikeudesta ja sen legitimititeettiperustasta, sitovuudesta ja rajoista?

Jürgen Habermas kritisoi Weberin näkemystä suurin piirtein samoin perustein kuin Schluchterkin. Weberin modernin oikeuden analyysi rajoittuu sen osoittamiseen, miksi moderni oikeus on funktionaalinen modernin talouden

⁸⁰ Schluchter 1979, s. 162, myös Gronow 1987, s. 27-28.

⁸¹ Kelsen 1968, s.212 ja Tuori 2000, s. 18-19. Schluchterin esittämän kritiikin kannalta ei varsinaisesti ole merkitystä sillä, tarkastellaanko Weberin käsitystä oikeuspositivismista aikaisemman *käskypositivismin* (Hobbes, Bentham, Austin) vai myöhemmän *sääntöpositivismin* (H.L.A Hart, Kelsen) teorioiden valossa.

toimijoiden kannalta. Habermasin mukaan Weber ajautuu kehäpäätelmään perustellessaan legitiimisyyttä funktionaalisuudella. Legaalisuususko voi luoda legitimizeettia ainoastaan silloin, kun se oikeusjärjestyksen legitimizeetti, joka määrää mikä on legaalista, on jo annettu.⁸² Aikansa oikeuspositivismin mukaisesti Weber tulkitsee oikeuden ja moraalin funktionaalisen eriytymisen merkitsevän sitä, ettei oikeus tarvitsisi mitään eettisiä postulaatteja, vaan sitä on mahdollista luoda ja muuttaa formaalin asettamisaktin kautta.

Vaikka oikeus ja moraalit ovatkin modernisoitumisen myötä erkaantuneet toisistaan, se ei Habermasin mukaan merkitse sitä, ettei modernin oikeuden periaatteita ja perusteita tarvitsi lainkaan perustella, vaan moderni oikeuskin on viimekädessä alisteinen moraalipraktisista elämänsfäreistä ilmenevälle moralille.⁸³ Tämä näkemys modernin oikeuden arvorationaalisuudesta yhdistettynä perusoikeusnormien kritisointavuuden ja perusteltavuuden vaatimukseen⁸⁴ on Habermasin kommunikatiivisen rationaalisuuden idea, jonka hän asettaa modernin oikeuden ja hallinnon legitiimisyyden perusteluksi.⁸⁵

Jukka Gronowin näkemyksen mukaan sekä Schluchterin että Habermasin tulkinta Weberin modernia oikeutta, byrokraattista hallintoa ja taloutta koskevasta analyysistä on virheellinen, eivätkä he ole ymmärtäneet Weberin rationaalisuuskonseption erityisluonnetta. Weberin esittämissä ideaalityyppi-käsitteiden määritelmässä, joita voidaan luonnehtia formaaleiksi (so. formaali rationaalisuus, legaalitietäminen, formaali byrokraatia), ilmenee hänen käsityksensä länsimaisen modernisoitumisprosessin erikoislaatuisuudesta. Luonnehtiessaan päämäärarationaalisuutta ja korostaessaan, että kyse on ainoastaan keinojen valinnasta minkä tahansa päämäärän saavuttamiseksi, Weber osoittaa tällaisen toiminnan perimmäisen irrationaalisuuden. Tietoisena valistuksen kriitikkona Weber kyllä ymmärsi, että legitiimin järjestyksen tulee viimekädessä perustua jonkinlaisiin arvopostulaatteihin. Weberin formaali

⁸² Habermas 1981b, s. 359 ja Gronow 1987, s. 29-30.

⁸³ Habermas 1981b, s. 354 ja Gronow 1987, s. 30-31.

⁸⁴ Habermas kritisoi Weberiä etenkin siitä, että Weber unohtaa oikeuden perusteltavuuden vaatimuksen kokonaan, korostaessaan oikeuden asetettavuusperiaatetta.

⁸⁵ Gronow 1987, s. 31.

rationaalisuus, joka leimaa kaikkien formaalien ideaalityyppien maailmaa ja siinä toimivia ihmisiä, sekä asiakkaita/kansalaisia että virkamiehiä, vierastaa kaikkea arvorationaalisuutta. Se on luonteeltaan laskennallista ja kalkyloivaa rationaalisuutta ja siksi abstraktia ja epäpersoonallista. Formaali rationaalisuus ei rajoitu vaikutuksiltaan ainoastaan modernin oikeuden, talouden ja hallinnon piiriin, vaan vaikuttaa yhtälailla myös toiminnan päämääriin muuttaen ne kvantifioituiksi ja siten abstrakteiksi päämääriksi. Tämä merkitsee Weberille kaikenlaisen arvorationaalisuuden kieltämistä, ja eettisten postulaattien huomioonottaminen päämäärien suhteen käy tällöin mahdottomaksi. Tästä syystä formaali rationaalisuus on sokeaa tai mieletöntä rationaalisuutta, ja siksi modernista maailmasta on kadonnut mieli.

Raha on Weberille kvantifioivan järjen väline, joka vaikuttaa kaikkeen modernissa maailmassa. Habermasille raha edustaa vain neutraalia toiminnan koordinoinnin välinettä. Suhtautuminen rahan merkitykseen yhteiskuntatodellisuudessa on merkityksellistä verrattaessa Weberin ja Habermasin analyysyjä. Weberille raha on kaikkiin yksityisiin ja yhteiskunnallisiin suhteisiin tunkeutuva toiminnan suuntaa ja päämäärää ohjaava väline, kun taas Habermasille neutraali ekvivalentti. Nykyisessä yhteiskunnallisessa keskustelussa taloudelliset argumentit ovat saaneet eräänlaisen metanormin aseman sen sijaan, että niihin suhtauduttaisiin neutraalisti ilman arvolatausta.

Weberin näkemyksen mukaan nykyinen legaaliin herruuteen perustuva legitiimisyys on eräänlaista pseudolegitiimisyyttä ja formaali rationaalisuus kaikkein irrationaalisin toiminnan tyyppi. Modernin maailman ja etenkin länsimaisen kulttuurin irrationaalisuus tiivistyy formaalin ja materiaalsen rationaalisuuden periaatteelliseen vastakkaisuuteen. Modernin maailman ja länsimaisen kulttuurin analyysissä ja kritiikissä ei ole siten kyse ainoastaan eri elämänsfäärien irtaantumisesta ja sirpaloitumisesta toisistaan, sekä uskonnollis-metafyysisestä traditiostaan keskenään omilla toimintaperiaatteillaan taisteleviksi sfääreikseen, vaan myös siitä, että formaali rationaalisuus on materiaalis-eettisen rationaalisuuden kilpailija ja syrjäyttäjä. Materialisoituminen tuhoaa vähitellen kvantifioivan järjen ja kalkyloivan

toiminnan kautta aidot arvot ja toiminnan mielen kaikesta julkisesta elämästä.⁸⁶ Habermasin näkemyksen mukaan modernisoitumisprosessi ei välttämättä johda Weberin kuvaamaan sirpaloitumiseen kaikissa elämänsfäreissä, vaan etenkin erilaisissa asiantuntijakulttuureissa, tieteessä, taiteessa ja moraalisoikeudellisessa sfäärissä kommunikatiivinen rationaalisuus takaa ainakin yleisellä käypyyysvaateiden tasolla sfäärien yhteyden. Habermasin näkemyksen mukaan siis kommunikatiivinen rationaalisuus mahdollistaa diskurssit. Erimielisyys rationalisoitumisprosessin luonteesta ilmenee myös Weberin ja Habermasin käsityksissä modernista oikeudesta.⁸⁷

Kypsän modernin oikeuden aikakaudella positiivisen oikeuden autonomian voidaan katsoa auenneen ainakin hieman. Habermasin ja Tuorin esittämissä näkemyksissä oikeus ei enää noudata samaa ehdotonta autonomisuutta kuin traditionaalista oikeuspositivismia edustavissa näkemyksissä, esimerkiksi H.L.A. Hartilla ja Hans Kelsenillä⁸⁸. Oikeuden legitimaatiokriteerien määrittelyssä keskeiseksi elementiksi nousevat oikeuden syvemmissä kerroksissa vaikuttavat postkonventionaalista moraalista ohjausta saavat kommunikatiiviset diskurssit ja oikeuden syvärakenteen perustavat oikeudelliset kategoriat. Habermasin diskurssietiikan teoriassaan esittämän näkemyksen mukaan objektiivisesti tosia moraalilauseita voitaisiin muodostaa idealisoiduissa keskusteluolosuhteissa. Todellisessa maailmassa tällaisten herruudesta vapaiden keskusteluolosuhteiden tulisi olla vapaita myös kaikista intressidonnaistista pyrkimyksistä ja strategisesta käyttäytymisestä. Habermasin näkemystä voidaan kritisoida myös siitä, että idealisoidut keskusteluolosuhteet sisältävät jo itsessään tasa-arvon ja vapauden periaatteiden kunnioittamisen vaatimuksen, jolloin moraaliperiaatteet, joita diskurssilla yritetään osoittaa, on oletusarvoisesti jo asetettu.⁸⁹ Mielestäni Habermasin esittämä teoria on eräänlainen idealisointi kansalaisyhteiskunnan vuorovaikutussuhteista, jonka esitetystä legitimaatioperustasta on kuitenkin

⁸⁶ Gronow 1987, s. 9-33.

⁸⁷ Gronow 1987, s. 25.

⁸⁸ Hart 1961 ja Kelsen 1968, sekä Tuori 2000, s. 7.

⁸⁹ Sihvola 2005, s. 48-49.

muuttuja, jonka toteutumista ei voida juurikaan valvoa. Mikä takaa kommunikatiivisten diskurssien vaikutusvallan instrumentaalisten strategisten pyrkimysten pelikentällä?

Oikeuden syvemmissä kerroksissa sijaitsevat elementit vaikuttavat rajoittavasti oikeuden pintatason nopeatempoiseen muutokseen. Sekä Habermasin että Tuorin teoriassa tätä vaikutusta nimitetään normatiiviseksi sensuuriksi. Kummankaan teorian osalta ei jää epäselväksi se, että sekä Habermasin että Tuorin huolenaiheena on ollut, miten kypsän modernin oikeuden legitimaatiokriteerit voidaan tyydyttävästi esittää, ja positiivisessa oikeudessa esiintyvä totalitarismin uhka torjua.

Tuorin edellä esitetty näkemys siitä, että oikeusjärjestyksen legitiimisyysden fundamentaalikritiikki ei olisi mahdollista ilman, että samalla yleensä kieltää myös valtiovallan organisoimisperiaatteet ja poliittisen järjestelmän legitiimisyys, vaatii mielestäni hieman tarkentavia huomioita. Oikeusjärjestyksen muuttaminen demokratiaperiaatteen mukaan tulisi olla mahdollista joutumatta silti kieltämään kategorisesti edellä mainittuja seikkoja. Demokratiaperiaatteen toimiessa voi lainsäätäjä teknisesti säätää muutoksia vallitsevan järjestelmän perusteena olevaan lainsäädäntöön. Mikäli järjestelmää ei ole mahdollista muuttaa esimerkiksi kommunikatiivisten diskurssien osoittamaan suuntaan, kuten Habermasin esittämä *Lebensweltin* kommunikatiivinen valta edellyttää, voidaan kai kysyä, onko esitetty legitimaatioperusta olemassa todellisesti vai vain fiktiivisesti? *Lebensweltin* kommunikatiivisen vallan olemassaolon ja funktionaalisuuden todentamiseen tulisi keskittää enemmän voimavaroja, jotta sen toimivuudesta voisi vakuuttua, vaikka kyseessä olisikin teoriassa esitetty ideaalimalli. Ilman Habermasin esittämää *systeemin* ja *Lebensweltin* erottelua demokratiaperiaatteen legitimizeettikriteereitä luova mekanismi lähestyy Weberin kuvaamaa mallia yhteiskunnan todellisista valta-asetelmista.

Kysymykseen oikeuden legitimaatiokriteereistä voi vastata, kuten edellä esitettyssä Weber, Habermas ja Tuori ovat vastanneet. Vastauksen löytäminen kysymykseen oikeuden sisältä käsin vaikuttaa kuitenkin hankalalta.

Rajankäynti sisäisestä ja ulkoisesta näkökulmasta oikeuteen on merkittävää arvioitaessa oikeuden legitimaatiokriteereiden ongelmaa. Oikeuspositivistiset teoriat pyrkivät löytämään ratkaisun oikeuden sisältä käsin. Tarkastelunäkökulma voi olla oikeuden ulkoinen empiirinen näkökulma tai oikeudellisen toimijan sisäinen näkökulma, jolloin tarkastelunäkökulma on normatiivinen. Voidaan myös puhua tarkkailijasta tai osanottajasta, jolloin viitataan samaan ulkoisen ja sisäisen näkökulman eroon.⁹⁰

Oikeuden ja moraalien välinen kiistelty ja kiistanalainen yhteys on nykyisen kypsän modernin oikeuden aikakaudella selkeämmin käsiteltävissä kuin vaikkapa vielä traditionaalisen positivismen valtakaudella. Kysymykset oikeuden hyväksyttävyydestä, rajoista ja legitimitetistä ovat olleet keskeisiä niin Weberille, Habermasille kuin Tuorillekin. Weberin kriitikoiden peräänkuuluttama yhteys arvopostulaatteihin näkyy selkeästi Habermasin ja Tuorin uudemmissa käsityksissä modernista oikeudesta. Traditionaalisen positivismen jyrkkä ero oikeuden ja moraalien välillä on siten pehmentynyt, vaikka positivismen periaatteista ja oikeuden autonomisuuden vaatimuksesta ei kokonaan luovuttaisikaan. On kuitenkin väistämätöntä, että oikeuden legitimaatioperustan kytkeminen rakenteellisesti arvopostulaatteihin johtaa myös *olemisen* ja *pitämisen*⁹¹ välisen, traditionaalisesti kategorisen erottelun uudelleenarviointiin.

3 Aristotelismi ja kommunitarismi

3.1 Yksilö vai yhteisön jäsen

Yhtenevää käsitystä siitä, onko moraalilla lajityypillinen biologinen perusta ei ole pystytty muodostamaan. On esitetty, että ihmiselle luonnollista käyttäytymistä olisi ihmisen esimuodon olemassaolon taistelu viidakossa.

⁹⁰ Tuori 2000, s. 271- 282, katso myös Hart 1961, s. 55- 56 ja s. 87-88, sekä MacCormick 1981, s. 33-34.

⁹¹ *Olemisen* ja *pitämisen* välinen ero tunnetaan myös *Sein* ja *Sollen* -erotteluna, no *Ought* from *is* – periaatteena ja Hume'n giljotiinina. Sisällöltään periaate tarkoittaa, että pelkästään tosiasioita koskevasta premissistä johdettu arvottava johtopäätös ei ole pätevä. ks. Esim. Tolonen 1984, s. 1-14.

Analogisesti liberalistiseen tai libertaristiseen ajatteluun sovellettuna ihminen toteuttaisi vain lajityypillistä käyttäytymistään taistellessaan egoistisesti asfalttiviidakossa. Voitaisiin ajatella, että toimintaa ohjaisi sama perimä kuin ihmisen esimuotoja. Tällaista sosiaalidarvinismia ei kuitenkaan voida pitää uskottavana.⁹² Evoluutioetiikkakaan ei nykyään väitä ihmisen olevan egoisti lajityypillisesti, vaan evoluution uskotaan sopivissa olosuhteissa suosivan altruistista käyttäytymistä, yksilöitä jotka kykenevät uhraamaan oman etunsa ryhmän hyväksi.⁹³

Nykyihmisen (*Homo sapiens*) historian arvellaan ulottuvan noin viimeisen 200 000 vuoden ajalle.⁹⁴ Ihminen on aluksi ollut heimoissa vaeltava metsästäjä-keräilijä. Maatalouden keksiminen ja käytännön sovellukset, eli hyötykasvien ja kotieläinten domestikaatio n. 10 000 vuotta sitten nykyisen Lähi-idän alueella ovat johtaneet paikallisten yhteiskuntien syntymiseen.⁹⁵ Individualismin ja yksilökeskeisen ajattelun ja moraalifilosofian historiaa voidaan tutkia viimeisen 400-500 vuoden ajalta. Nykyisenkaltaisen individualistisen yksilön käsitteen syntyä erotuksena yhteisön jäsenen roolista voidaan etsiä tältä ajanjaksolta. Filosofi Francisco Suárez (1548-1617) pohti kerjäläisen subjektiivista oikeutta almuihin. Oliko se ensimmäinen kerta, kun subjektiivinen oikeus ja subjekti ilmaantui? Mikäli viimeisen 200 000 vuoden aikana ihminen on suurimman osan ajasta elänyt laumassa tai heimossa metsästäen ja keräillen, voidaan viimeisen 500 vuoden ajalla tapahtunutta individualistista kehitystä pitää historiallisesti melko tuoreena tapauksena. Postmodernin individualismin viime vuosikymmenien kehityskulku puolestaan on vielä tätäkin marginaalisempaa. Yhteisöjen hajoamisen ja yhteisöllisyyden muuttumisen seurauksena yhteisöjen jäseniinsä kohdistama kontrolli on oletettavasti yksilötasolla vähentynyt ja siten vapaus lisääntynyt. Olisi kuitenkin mielenkiintoista kuulla Aristoteleen mielipide länsimaisen keskivertokansalaisen vapaudesta.

⁹² Niiniluoto 2005, s. 53.

⁹³ Sintonen 2003, s. 69-72.

⁹⁴ McDougall, Brown, Fleagle 2005.

⁹⁵ Diamond 2003, s. 142-170.

Pohtiessamme kypsän modernin oikeuden legitimaatioperustaa aristoteelisen yhteisöllisen filosofian pohjalta joudumme väistämättä harjoittamaan laajan oikeusyhteisön autonomista kritiikkiä. Aristoteelinen filosofinen näkökanta, kuten myös kommunitaristiset Aristoteleen filosofiaan perustuvat uudemmat näkökannat, ovat selkeästi koko yhteiskuntaa tai yhteisöä koskevia. Oikeus on yksi yhteiskunnan tai yhteisön osa-alue, ja näin ollen asiaa on luonnollista tarkastella oikeussosiologisesta yhteiskuntaa tai yhteisöä kokonaisuutena tarkastelevasta perspektiivistä. Myös Weber, analysoidessaan modernia kapitalistista yhteiskuntaa ja sen formaalis-rationaalista oikeutta, tarkastelee oikeuden legitimaatiokriteereitä oikeussosiologin ulkoisesta tarkkailijan näkökulmasta.

Aristoteleen teoriaa etiikasta on perinteisesti pidetty malliesimerkkinä ulkoisesta moraalisesta realismista,⁹⁶ erotuksena sisäisestä moraalisesta realismista, mitä esimerkiksi Habermasin näkemys edustaa.⁹⁷ Ulkoisen ja sisäisen moraalisen realismin väliseen epistemologiseen erotteluun ei tässä yhteydessä ole mahdollista syvemmin paneutua. Aristoteleen teoria etiikasta kuvaa kuitenkin niitä ihmisen olemusta ja luontoa määrittäviä piirteitä, jotka ovat olleet olennaisia ihmisenä olemisessa. Näkemys tulee luonnollisesti ymmärtää historiallisessa kontekstissaan, eikä sitä voi soveltaa suoraan nykyaikaan tai yhteiskuntaan. Merkittävää on kuitenkin huomioida Aristoteleen ihmiselle asettama niin sanottu tehtävä tai tarkoitus. Ihmisen elämän teleologisuus toteutuu ihmisen pyrkiessä elämään elämänsä hyvin. Tähän hyvyyteen ja tietoon hyvästä ihminen pääsee yrittäessään järkensä avulla. Järki erotuksena tahdosta on Aristoteleen väline ihmisenä kehittymiseen ja hyvän elämän löytämiseen. Ihmisen tehtävä tai tarkoitus määrittyy taas suhteessa yhteisöön, joten yhteisö on Aristoteleelle hyvän elämän edellytys.⁹⁸

Kuten todettu, Aristoteleen poliittista ja moraalifilosofista teoriaa tarkasteltaessa tulee muistaa historiallisuus, eli ajatukset ja teoriat tulee aina

⁹⁶ Sihvola 2005, s. 53.

⁹⁷ Sihvola 2005, s. 48-49.

⁹⁸ Sihvola 2005, s. 53-60 ja Nikomakhoksen etiikka. s.14-17 (1097a15-1098b9)

sijoittaa aikaansa, eikä niitä tule verrata suoraan nykypäivään tai yrittää suoraan soveltaa modernin maailman ongelmiin. Historialliset moraalifilosofiset teorit kuitenkin kehittyvät ja niissä ilmeneviä ongelmia voivat uudet filosofiset ajattelijat ratkaista. Tällainen ajattelullinen traditio voi myös pysähtyä tai taantua, mutta kun edistystä tapahtuu, liittyy traditioon tietty kumulatiivisuus.⁹⁹ Aristoteelinen moraalifilosofia on säilynyt ja kehittynyt meidän aikaamme saakka. En näe mitään syytä, miksi sitä ei voisi kehittää edelleen tulevaisuudessa. Mielestäni Aristoteleen hyve-etiikka ja yhteisöllinen näkemys yhteiskunnasta on validi myös ratkaistaessa postmodernin maailman ongelmia.

3.2 Aristotelismi modernissa maailmassa

Aristoteelista filosofiaa ja moraaliajattelua on vuosisatojen saatossa sovellettu ja tulkittu erilaisiin moraalifilosofisiin teorioihin ja oppisuuntiin. Yksi merkittävimmistä Aristoteleen filosofiaa soveltaneista oppisuunnista on katolisen kirkon oppi-isän Tuomas Akvinolaisen opetuksiin perustuva tomismi. Tomismi on ennen kaikkea katolisen kirkon oppi. Aristoteelisen filosofian ja hyve-eettisen ajattelun modernin soveltamisen kannalta tomismin vahva yhteys katoliseen kirkkoon ei ole ongelmaton. Katolisen kirkon, tomismin ja siten myös monen uuden aristoteelikon näkemykset ovat varsin konservatiivisia¹⁰⁰. Tiukat, ehkä katolisesta teologiasta kumpuavat näkökannat eivät ole suoraan Aristoteleen filosofiasta, vaan myöhemmän tulkinnan ja soveltamisen seurausta. Tästä syystä aristoteelistä filosofiaa, hyve-etiikkaa ja niiden soveltamista tämän päivän yhteiskuntaan tulee tarkastella ilman edellä mainittuja kategorisoivia painotuksia.

Merkittävä osa uusista aristoteelikoista ei lähesty aristoteelista traditiota Aristoteleen kirjoitusten vaan Tuomas Akvinolaisen oppien kautta. Yhden ryhmän uusia aristoteelikoita muodostavatkin tomistit, joille merkityksellistä

⁹⁹ MacIntyre 2004, s. 175-176.

¹⁰⁰ Konservatiivisilla näkemyksillä viitataan katolisen kirkon kantaan koskien esim. ehkäisyä, aborttia ja samaa sukupuolta olevien oikeutta avioliittoon.

on luonnollisen lain korostaminen positiivisen lain mittapuuna¹⁰¹. Aristoteelista filosofiaa hyve-etiikkana tarkastelevista uusista aristoteelikoista voidaan mainita Alasdair MacIntyre, joka on pyrkinyt perustelemaan moraalin muodostumista aristoteelisen hyveteorian pohjalta¹⁰².

Suhtautuminen ihmisoikeuksiin on yksi uusia aristoteelikoita ja tomisteja jakava asia. Jotkut katsovat, etteivät subjektiiviset ihmisoikeudet liberaalin individualistisen luonteensa vuoksi sovi aristoteelis-tomistiseen filosofiaan, toiset taas ovat halunneet nähdä ihmisoikeudet elimellisenä osana nykypäivän oloihin sovellettua aristoteelis-tomistista traditiota. Tätä jakolinjaa objektiivisen luonnollisen lain ja subjektiivisten yksilöllisten luonnollisten oikeuksien välillä on osaltaan pyrkinyt välittämään ”uudeksi luonnonoikeuskouluksi”¹⁰³ kutsuttu koulukunta.¹⁰⁴ Uusi luonnonoikeuskoulu on 1980-luvulla Germain Grisez’in, Joseph Boylen ja John Finnisin ympärille muodostunut oppisuunta, joka on pyrkinyt kehittämään tomismista käyttökelpoista vaihtoehtoa nykypäivän seurausmoraalille ja liberaalin individualismin läpitunkemalle yhteiskuntafilosofialle. Uusi luonnonoikeuskoulu on tarjonnut vaihtoehtoisen tavan ajatella ja jäsentää maailmaa ihmisille, jotka ovat pettyneet modernin maailman näköalattomuuteen. Se on myös auttanut ymmärtämään, miten ajateltiin ennen liberalismiin syntyä, ja miten uuden luonnonoikeuden avulla voitaisiin vastata modernin ajattelun tarjoamiin haasteisiin. Uusi luonnonoikeuskoulu yhteisöllisine ja rationalistisine painotuksineen on siten muodostunut merkittäväksi kilpailijaksi modernille individualismille ja voluntarismille.¹⁰⁵

Moderniin moraali- ja yhteiskuntafilosofiseen ajatteluun kuuluva liberalistinen valtio-oppi ja yksilön individuaalista hyötyä tavoitteleva seurausmoraali syntyivät aikanaan vastareaktiona aristoteelisille opeille perustuvaan

¹⁰¹ Tällöin luonnonoikeuskin on normatiivista edellyttäessään positiiviselta lailta, että sen säädännäiset normit ovat luonnonoikeuden normien mukaisia.

¹⁰² Sihvola 1994, s. 12 ja MacIntyre 2004, s. 175-195.

¹⁰³ Uusi luonnonoikeuskoulu eli *the new natural law theory*, tai oppisuunnan pääedustajien mukaan *the Grisez-Finnis school*.

¹⁰⁴ Rentto 2001, s.319-322.

¹⁰⁵ Ks. Esim. Grisez, Boyle, Finnis 1987, s. 99-151, Rentto 2001, s. 315 ja s. 335.

maailmankuvaan, jota oli alettu pitää virheellisenä uuden luonnontieteellisen maailmankuvan myötä. Liberalismi, individualismi ja utilitarismi ovat kehittyneet tuon historiallisen murroksen seurauksena. Länsimainen moderni valtio ihmisoikeus- ja hyvinvointivaltiona on perustanut olemassaolonsa ja tehtävänsä yksilönvapauden puolustamiseen ja mahdollisimman korkean aineellisen elintason tarjoamiseen mahdollisimman monelle. Weberin näkemyksen mukaan moderni oikeus ja kapitalistinen talousjärjestelmä edellyttävät toisiaan. Aiemmin luetellut rationalisoidun kapitalismin komponentit ja suuret eurooppalaiset historialliset keksinnöt yhdistettynä muuttuneeseen maailmankuvaan ja liberalistiseen moraalifilosofiaan mahdollistivat *vapaan työn* rationaaliskapitalistisen organisaation. Weberin näkemyksen mukaan kapitalismin syntyyn vaikutti merkittävästi reformoitujen kirkkokuntien piirissä tunnustettu oppi predestinaatiosta.¹⁰⁶ Ihmisen maanpäällisen menestyksen ajateltiin korreloivan sijoittumista tuonpuoleisessa, koska Jumala oli määrännyt ennalta taivaaseen ja kadotukseen joutuvat. Oletettavasti oppi predestinaatiosta motivoi ihmisiä työskentelemään ja yrittämään kovasti saavuttaakseen menestystä elämässään. Vapaata työvoimaa käyttävä pääomavaltainen kapitalismi, liberalistinen moraalifilosofia, protestanttinen etiikka ja individualistinen elämäntapa ovat viimeisen parin sadan vuoden aikana muovanneet sen länsimaisen yhteiskunnan, minkä oikeutta kypsä moderni oikeus on.

Nykyään moderni ajattelu asetetaan kuitenkin usein kyseenalaiseksi erilaisten jälkimodernien oppien valossa. Aristoteelisen filosofian elvyttämisellä on pyritty osoittamaan, että sitä soveltamalla voidaan voittaa monet modernissa ajattelussa havaitut heikkoudet.

Moraalisen toimijan häviäminen on yksi tällainen modernissa ajattelussa ilmenevä ongelma. Mikäli keskitymme moraalilauseetta ajattellessamme ajatukseen, mitä ulkoisia seurauksia toimintamme aiheuttaa toiminnan kohteelle, joudumme tilanteeseen, jossa kaikkien samaa toimintaa harjoittavien ja samanlaisen seurauksen toiminnan kohteelle aiheuttavien

¹⁰⁶ Weber 1980, s. 6-8.

toiminta tulee arvioitavaksi moraaliselta arvoltaan samanarvoiseksi. Tällöin toimintaa harjoittava joutuu tarkastelemaan omaa toimintaansa ja sen seurauksia ikään kuin itsensä ulkopuolelta, jotta hän voisi päätyä puolueettomaan arvioon toimiensa universaalista hyväksyttävyydestä tai hylättävyydestä. Länsimaisen moraalifilosofian perustajan Sokrateen mukaan toimijan kannalta on merkitystä ainoastaan sillä, toimiiko hän itse moraalisesti tai epämoraalisesti riippumatta siitä miten muut toimivat, sillä vain hänen omalla toiminnallaan on merkitystä arvioitaessa sitä, onko hän hyvä vai paha. Toimijakeskeisen näkökulman palauttaminen käytännölliseen filosofiaan onkin yksi uusien aristoteelikkojen keskeisistä teemoista.¹⁰⁷

Moraalisen toimijan häviämisen ongelmaan liittyy myös MacIntyren esiin tuoma filosofisen tradition sirpaloituminen. MacIntyre kritisoi modernia ja modernin maailman vaikeuksia löytää moraalialue ylipäätään. Tämä aiheutuu hänen mukaansa siitä, että filosofian merkitys yhteiskuntatieteenä on lakannut, aristoteelinen traditio hylätty ja erilaiset emansipatoriset ja emotivistiset ajattelusuuntaukset ovat saaneet sijaa. Hänen näkemyksensä mukaan liberalistisessa perinteessä moraalilauseilla argumentointi ei voi edetä rationaalisesti siksi, että nykyisin moraalikeskustelussa käytettävät käsitteet ovat vain jäänteitä aikaisempien filosofisten traditioiden käsitteistä, ja yhteisen filosofisen tradition puuttuessa ei käsitemaailmammekaan voi olla yhteneväinen. Moraalinen argumentaatio ja siitä syntyvät vaikutelmat ovat kyllä edelleen olemassa, mutta yhtenäiseen traditioon nojaava filosofinen perusta ja moraalisuuden kokonaissisältö on pirstoutunut ja osittain tuhoutunut, eikä ole enää kokonaisuutena kenenkään hallittavissa.¹⁰⁸

Toinen huomionarvoinen seikka verrattaessa modernia ajattelua ja aristoteelista moraalijattelua liittyy yksilöllisten vapausoikeuksien ylikorostamiseen. Liberalistien tavoin aristoteelikotkin pitävät vapautta erittäin tärkeänä, mutta mikäli yksilöllisten vapausoikeuksien puolustaminen saa fundamentaalisen luonteen, joudutaan tilanteeseen jossa moraalin päätehtävä on taata mahdollisimman monelle mahdollisuus tehdä mitä haluaa

¹⁰⁷ Rentto 2001, s. 316.

¹⁰⁸ MacIntyre 2004, s. 18-41.

mahdollisimman usein. Tällöin valinnat tulevat ikään kuin samanarvoisiksi ja menettävät moraalisen merkityksensä. On yhdentekevää, miten itse kukin elää ja millaisia valintoja elämässään tekee. Tästä seuraa, ettei silläkään ole väliä, millaiseksi elämässä tehdyt valinnat muovaavat ihmisen.¹⁰⁹ Aristoteelinen moraali on etiikkaa eli *ethoksen* muodostamista ja moraalisia kysymyksiä ovat sellaiset, jotka koskevat ihmisen itsemuodostusta eli tulemistä yksilönä ihmisen muotoiseksi.¹¹⁰ Mahdollisimman suuri yksilöllinen vapaus johtaa myös väistämättä yhteisöllisyydestä eriytyvään individualistiseen elämäntapaan. Tällöin moraaliset vaatimukset, joita yksilölle seuraa hänen rooleistaan eri yhteisöjen jäsenenä, jäävät täyttämättä. Uudet aristoteelikot puolustavatkin hyvettä modernin oikeuskeskeisyyden vastapainona ja yhteishyvää yksityisen edun vastapainona.¹¹¹

Yksilöllisten vapausoikeuksien teemaan liittyy myös moderni voluntarismi. Yksilötasolla pidetään tärkeänä yksilön tahdon maksimaalista toteutumista ja valtion tasolla demokraattisen lainsäätäjän tahdon esteetöntä toteutumista. Tahtominen ja tahdon, *voluntaksen* toteuttaminen johtaa järjen, *ration* painoarvon syrjäytymiseen päätöksenteon premisseissä¹¹². Toimija, joka preferoi oikein toimivan järjen¹¹³ avulla saavutettua moraalilauseen sisältävää toimintaohjetta yksilön tahdon kustannuksella, saa usein kantaa ikävän moralistin viittaa harteillaan. Valtion ja lainsäädännön tasolla keskeiseksi kysymykseksi muodostuu, tulisiko politiikalla olla jokin kattava päämäärä vai ei. Poliitiikan muodostuessa keskenään vallasta kilpailevien tahojen taistelukentäksi surkastuu valtion tehtävä vain yhteiskunnallisten ristiriitojen ehkäisemiseen ja sovitteluun. Instrumentaalisesti lainsäädäntöön suhtautuva lainsäätävä pyrkii toteuttamaan omaa kulloinkin vallalla olevaa tahtoa lainsäädännön avulla. Weberin huomioima kalkyloitavuus, yhteiskunnan monetarisoituminen ja taloudellisten toimijoiden intressien merkityksen lisääntyminen yhteiskunnallisessa päätöksenteossa johtaa siihen, että yhteiskunnan määrääviksi arvoiksi ja siten politiikan suunnaksi

¹⁰⁹ Grisez 1978, s. 21-72 ja Rentto 2001, s. 317.

¹¹⁰ Nikomakhoksen etiikka, s. 27-28 (1103a14-1103b25) ja Rentto 2001a, s. 40-42.

¹¹¹ Finnis 2011, s. 134-160 ja Rentto 2001, s. 317.

¹¹² Tuori 2007, s. 5-6.

¹¹³ Finnis 2011, s. 100-133.

muodostuu utilitaristinen tuloshakuisuus ja tehokkuuden tavoittelu. Tällöin valtion ja sitä kautta myös lain rooli muuttuu. Sen sijaan, että valtio olisi kaikkien kansalaisten yhteistä hyvää ja järjenmukaisia päämääriä tavoitteleva yhteinen instituutio (riippumatta kansalaisten vaihtelevasta tahdosta), valtio muodostuu kulloinkin vallassa olevan tahon ohjaamaksi resurssienjakotaiseluksi.¹¹⁴

Moderni yhteiskunta ei niinkään keskity siihen, ovatko kansalaiset hyviä ja elävätkö he jaloa ja loistavaa elämää, vaan siihen, mitä kvantitatiivisia tuloksia heidän käyttäytymisensä ohjailulla voidaan saavuttaa. Tämä johtaa kansalaisten välineellistämiseen palvelemaan valtion päämääriä sen sijaan, että kansalaiset nähtäisiin valtioinstituution päämäärinä itsessään. Instrumentaalisesti lainsäädäntöön suhtautuva lainsäätäjä ohjaa lainsäädännön substanssia siten, että sääntelyn aihepiiri keskittyy kalkyloitaviin ulkonaista elämää hyödyttäviin tavoitteisiin pitäen niitä itseisarvoisina päämäärinä ja unohtaen elämän sisäiset laadulliset päämäärät. Uudet aristoteelikot kannattavat eettistä valtio- ja lakikäsitystä, jossa poliittisten instituutioiden tehtävänä on kansalaisten kasvattaminen jaloon elämään. Valtion tulisi kansalaisten viettien, halujen ja asenteiden manipuloinnin sijasta opettaa heitä käyttämään omaa järkeään ja hallitsemaan omaa elämäänsä järkensä avulla. Tällöin toteutuisi todellinen kansalaisuus valtiossa, jonka päämäärä olisi kansalaisten todellinen vapaus. Aristoteelisen politiikanteorian keskeinen toimija on itseään hallitseva vapaa kansalainen.¹¹⁵

3.3 Aristoteelinen etiikka ja moraalisuus toiminnan luonnollisena osana

Aristoteelisen perinteen etiikka ja ihmiskäsitys, kuten myös näkemykset valtion roolista ja tehtävistä poikkeavat modernissa yhteiskunnassa vallalla

¹¹⁴ Rentto 2001, s. 317-318. Kansalaisautonomiasta ja valtion roolista erityisesti subsidiariteettiperiaatteen valossa. Ks. Rentto 1995. Subsidiariteettiperiaatteen yhteys aristotelismiin syntyy tomismin kautta, eli aristotelisen filosofian kristilliseen tulkinnan kautta. Uuden luonnonoikeuskoulun edustajat pääsääntöisesti perustavat ajatuksensa tomismiin.

¹¹⁵ Rentto 2001, s. 317-319 ja Poliitiikka, s. 16 (1255b18-20).

olevista käsityksistä. Antiikin Kreikassa Aristoteleen aikana ajateltiin jokaisella olevan yhteiskunnassa ja yhteisössä joku hänelle kuuluva rooli ja tarkoitus. Ihmisellä oli toisin sanoen teloksensa, jonka täyttäminen hyvin merkitsee hyvää elämää. Voidaan ajatella, että hyvään elämään pääsemiseksi ihmisen tulee pyrkiä toimimaan mahdollisimman hyvin roolissaan ollakseen siinä loistava, tai onnistumaan tehtävässään menestyksekkäästi eli täyttämään mahdollisimman hyvin rooliinsa liittyvän tulosodotuksen. Ensin mainitussa tavassa merkityksellistä on toiminnan oivallisuus itsessään – hyvin toimiminen on toiminnan päämäärä. Mallista puhutaan eudaimonistisena moraalina tai loistomoraalina.¹¹⁶ Jälkimmäisessä tavassa merkityksellistä on hyvän tuloksen tehokas saavuttaminen. Toiminta nähdään välineellisenä ja sen arvoa arvostellaan toiminnan ulkopuolisten mittapuiden mukaan. Tätä mallia voidaan kutsua saavutus- tai tulosmoraaliksi. Aristoteleen eettinen ja poliittinen ajattelu perustuu loistomoraaliin. Ihmisen ja valtion tuli kaikissa toimissaan pyrkiä toimimaan mahdollisimman hyvin, sillä ihminen yksilönä ja kansalaisena oppii hyvään ainoastaan harjoittelemalla hyvän tekemistä. Sekä Aristoteleella että hänen opettajallaan Platonilla moraalifilosofia ja yhteiskuntafilosofia sisältävät ajatuksen ihmisen moraalista jalostumisesta.¹¹⁷

Lukuun ottamatta kantilaista velvollisuusetiikkaa useimmat modernit moraalifilosofiset ajatukset perustuvat saavutusmoraaliin. Persoonallisuuden jalostamisen sijaan ne keskittyvät hyvien asioiden saavuttamiseen. Esimerkkinä voidaan mainita utilitarismi. Jeremy Benthamin¹¹⁸ mukaan ihmistä motivoivina voimina oli nähtävä tuskan välttäminen ja mielihyvän ja onnellisuuden tavoittelu. Tälle psykologiselle premissille Bentham perustaa teoriassaan lain, järjen, moraalin ja uskonnon motivoivan ja toisaalta ehkäisevän voiman. Benthamin hedonismi ei välttämättä ole ainoastaan individualistista egoismia, vaan yksilön mielihyvä voi liittyä yhteiseen muidenkin hyvään. Erityisesti hallitsevassa asemassa olevien toiminnan tulisi

¹¹⁶ Kopperi 1999, s. 6-31 ja Rentto 2001a, s. 38.

¹¹⁷ Rentto 2001a, s. 38-39.

¹¹⁸ Jeremy Benthamia (1748-1832) pidetään yleisesti utilitarismin kehittäjänä. Matti Häyryn mukaan tämä käsitys on osin virheellinen, sillä brittiläisessä moraalifilosofisessa traditiossa esiintyy utilitaristisia näkemyksiä jo sata vuotta ennen Benthamia. ks. Tarkemmin Häyry 2001, s. 203.

suuntautua kaikkien toiminnan piiriin kuuluvien suurimman onnellisuuden tavoitteluun.¹¹⁹ Moraaliajattelu lähtee Benthamin näkemyksen mukaan yksilöstä, joka kykenee edellä mainittujen psykologisten premissien liikuttamana järkensä avulla löytämään kokonaishyvän kannalta parhaan ratkaisun. Amerikkalainen filosofi David Lyons on kritisoinut Benthamin teoriaa siitä, että mikäli moraalinen agentti huolehtii vain omista mielihyvistään ja tuskistaan, se että valtaapitävien tulee huolehtia kaikkien kansalaisten kokonaishyvästä, jakaa ihmiset kahteen leiriin, eliittiin ja rahvaaseen.¹²⁰ H.L.A Hart on tulkinnut asiaa siten, että koska valtaapitävien tekojen vaikutuspiiri ulottuu kaikkiin, tulee heidän tavoitella kaikkien parasta. Yksilön moraaliseen vaikutuspiiriin kuuluu omasta itsestään ja omista eduistaan huolehtiminen siten, että muiden edut eivät samalla kärsi, ja muiden hyödyttäminen silloin, kun se ei ole itselle liian epämukavaa. Lakeja tarvitaan, jotta yksilö vaikeissa valintatilanteissa toimisi kaikkien edun mukaisesti.¹²¹

Aristoteelisen moraalifilosofian mukaan toiminnan tapaa valitessa tulee pohtia, miten toimimalla asianomainen toimii tehtävässään mahdollisimman hyvin. Saavutusmoraalin mukaan asianomainen valitsee toimintatavan sitä silmällä pitäen, miten hän saavuttaa parhaiten tarkoittamansa tavoitteen. Tästä syystä modernille moraalifilosofiselle ajattelulle on tyypillistä toiminnan motiivin korostaminen. Toiminnan motivaatioperusta on konkreettisen tarpeen, halun tai mieliteon tyydyttämisessä ja moraalisuus mielletään usein rajoitteeksi omien pyrintöjen tyydyttämiselle. Aristoteelisessa ajattelussa moraalisuus on luonnollista, sillä hillitessään mielitekojaan ja asettaessaan itselleen rajoja ihminen toteuttaa järjellistä luontoaan.¹²² Moraali on ennen kaikkea etiikkaa, inhimillisen ethoksen muodostamista. Moraalisia kysymyksiä ovat seikat, jotka liittyvät ihmisen itsemuodostukseen eli tulemiseen ihmisen muotoiseksi. Ihmisen teot vaikuttavat siihen millaiseksi ihminen muodostuu, sillä tekemällä hyviä tekoja ja valitsemalla hyvän teon

¹¹⁹ Häyry 2001, s. 205.

¹²⁰ Häyry 2001, s. 213. Häyry viittaa teokseen: Lyons, D.: *Forms and Limits of Utilitarianism*. Clarendon Press, Oxford 1965.

¹²¹ Häyry 2001, s. 214. Häyry viittaa artikkeliin: Hart, H.L.A.: *Between utility and rights*. *Columbia Law Review* 79(1979):828-846.

¹²² Rentto 2001a, s. 38-39.

huonon tai pahan sijasta ihminen harjoittaa hyvettä ja muodostuu siten itsekin harjoituksen kautta hyväksi. Pahat teot ovat ensisijaisesti vääriä valintoja ja hyvän privaatiota.¹²³ Järkensä kautta ihminen kykenee erottamaan hyvän teon sen puuttumisesta. Tekojensa ansiosta ihminen voi oppia elämään hyvää elämää ja tulla siten onnelliseksi.

Aristoteelisen määritelmän mukaan ihminen on paitsi rationaalinen, myös sosiaalinen eläin. Tästä syystä ihminen ei voi saavuttaa täyttä onnellisuutta yksin, vaan tarvitsee ympärilleen yhteisön, jossa täysi onnellisuus on mahdollista saavuttaa.¹²⁴ Tällainen yhteisö on valtioyhteisö, itsერიitoinen eli autarkkinen yhteisö, joka tyydyttää ja kattaa kaikkien jäsentensä kaikki tarpeet ja pyrkimykset kaikilta elämänalueilta kaikkina aikoina. Valtioyhteisö on muodostettu jäseniään eli kansalaisiaan varten. Se on ennen kaikkea alisteinen kansalaisille ja sen tehtävänä on taata hyvän toteutuminen kokonaisuutena, eikä vain joiltakin osin. Valtio on siis ennen muuta eettinen instituutio.¹²⁵

Aristoteelisen etiikan seuraaminen mahdollistaa ihmisen luontaisen toiminnan ja siten inhimillisen teloksen toteuttamisen, eikä suinkaan rajoita sitä.¹²⁶ Aristoteleen mukaan ihminen on järjellinen eläin, jonka järjellisyys on se seikka, joka erottaa ihmisen muista eläimistä. Järkevästi toimiminen ja järjen käyttäminen on ihmiselle luontonsa mukaista toimintaa ja siten määritelmän mukaan hyvää eli hyveellistä toimintaa. Järki ei kuitenkaan yksin riitä, vaan hyveellistä toimintaa tulee harjoittaa. Harjoittelulla opitaan hyväksi, kuten kaikessa toiminnassa.¹²⁷ Puhtaimmillaan järkeistyminen on teoreettista elämää, joka on omistautunut ainoastaan totuuden tarkastelemiselle totuuden

¹²³ Nikomakhoksen etiikka, s. 122-139 (1145a15-1152a36). Ihmiset jotka eivät toimi hyveellisesti, ovat ensisijaisesti heikkoluontoisia ja eläimellisten viettiensä orjia. Tällaiset ihmiset eivät ole vielä saavuttaneet elämässään sellaista hyveellisyyden tasoa, että olisivat itsensä herroja. Keskiajan skolastikot kuitenkin tulkitsivat Aristotelesta syntyinlankeemus-oppiin pohjautuen, jolloin tahto nähdään turmeltuneeksi jo syntyinlankeamuksen perusteella. Tahdon heikkous jäi tällöin taka-alalle.

¹²⁴ Nikomakhoksen etiikka, s. 15 (1097b10-11), Poliitiikka, s. 9 (1253a7-17) ja Rentto 2001a, s. 42.

¹²⁵ Poliitiikka, s. 7 (1252a1-7), s. 9 (1252b28-1253a1), s. 10 (1253a32-37), s. 198 (1333a11-16), Nikomakhoksen etiikka, s. 24-26 (1102a5-1103a11) ja s. 200-205 (1179a34-1181b25) ja Rentto 2001a, s. 43.

¹²⁶ Rentto 2001a, s. 38-39.

¹²⁷ Nikomakhoksen etiikka, s. 180-181 (1170a13-1170b19) ja Rentto 2001a, s. 40.

itsensä vuoksi. Filosofi ei tarvitse ketään muuta harjoittaessaan mietiskelyä, mutta Aristoteles kuitenkin myöntää, että filosofikin saattaa onnistua toiminnassaan paremmin, mikäli hänellä on tovereita.¹²⁸

3.4 Ystävyyden ja oikeudenmukaisuuden hyveiden merkitys yhteisölle

En ole käsitellyt tässä tutkimuksessa aristoteelisia hyveitä, enkä edes luettellonut niitä. Hyveen sisältö vaihtelee eri kulttuureissa suurestikin ja hyve, joka Aristoteleen aikaisessa Ateenassa tunnustettiin itsestään selväksi hyveeksi, ei välttämättä ole hyve esim. Uuden testamentin mukaan tai meidän yhteiskunnassamme.¹²⁹

Aristoteelisista hyveistä haluan kuitenkin mainita ystävyyden ja oikeudenmukaisuuden hyveet. Näiden hyveiden asema hyveenä lähenee universaalia siten, että ystävyyttä pidetään yleisesti tärkeänä kaikissa kulttuureissa myös nykyaikana. Oikeudenmukaisuus esiintyy yhteiskunnallisessa ja poliittisessa keskustelussa usein ja lainsäädännössäkkin oikeudenmukaisuudella on lähes metanormin asema. Aristoteelisen etiikan hyveet muodostavat kokonaisuuden ja hyveellisyyttä tulee arvioida ensisijaisesti kokonaisuutena. Hyveellisen ihmisen on mahdollista olla hyveellinen ainoastaan yhteisön jäsenenä, sillä hyveet ovat olemassa tai puuttuvat suhteessa muihin ihmisiin. Tästä seuraa, että yhteisössä, jonka pyrkimyksenä on inhimillisen hyvän toteutuminen tulee vallita laaja yhteisymmärrys hyvistä asioista ja hyveistä. Tämä yksimielisyys mahdollistaa sellaisen ihmisten välisen siteen muodostumisen, joka Aristoteleen mukaan mahdollistaa *poliksen* muodostumisen. Tämä ihmisten välillä vallitseva side on ystävyyden side. Aristoteelisen näkemyksen mukaan ystävyyden hyveeseen kuuluu yhteisesti hyväksi tunnistettujen asioiden tavoittelemisen. Tällainen pyrkimys yhteisiin päämääriin ja yhteinen näkemys on edellytyksenä kaikille

¹²⁸ Nikomakhoksen etiikka, s. 196 (1177a19-1177b4) ja Rentto 2001a, s. 40-41.

¹²⁹ Hyveiden luonteesta esim. MacIntyre 2004, s. 175-195 ja s. 214-239.

yhteisöille.¹³⁰ Aristoteleen näkemyksen mukaan ystävyys on valtiota koossapitävä voima. Hän kiinnittää huomiota siihen, että lainsäätäjän päätavoitteena näyttää olevan yksimielisyys, ja ystävyydelle uhrataan enemmän aikaa kuin oikeudenmukaisuudelle, sillä mikäli ihmiset ovat ystäviä keskenään, eivät he erikseen tarvitse oikeudenmukaisuutta. Oikeudenmukaisetkin tarvitsevat lisäksi ystävyyttä, sillä oikeudenmukaisuus toteutuu mitä suurimmassa määrin juuri ystävien välisissä suhteissa.¹³¹ Syy siihen, että oikeudenmukaisuus ja ystävyys hyveinä näyttäytyvät näin ikään kuin eri tasoilla, vaikka Aristoteleen hyve-etiikan mukaan hyveet ovat kokonaisuus eikä niitä voi arvottaa toinen toistaan tärkeämmäksi, on selvä: oikeudenmukaisuuden hyvettä harjoitettaessa palkitaan ansioita tai korjataan virheitä jo olemassa olevassa yhteisössä, kun taas ystävyys hyve on yhteisön alkuperäisen perustamisen edellytys.¹³²

Ajatus modernissa yhteiskunnassa ja maailmassa vallitsevasta ystävyydestä aristoteelisessa merkityksessä tuntuu kaukaiselta ja naivistiselta. Individualismi ja yksilökeskeinen ekspressiiviseen minuuteen pohjaava kulttuuri näyttää pikemminkin heikentävän ja vähentävän ihmisten välisiä ystävyys-suhteita, tai ainakin ystävyys on käsitteellisesti sijoitettu yksityiselämän alueelle. Myös ystävyys-käsite on luultavasti aikojen saatossa muuttunut ja tullut uudelleen määritellyksi.

3.5 Polis yhteisönä

Ateenan kaupunkivaltio, *polis*, on ollut väkimäärältään suuri kaupunki jo 400-300 eaa ja kansalaisia, eli aikuisia miespuolisia ateenalaisia on ollut joitakin kymmeniä tuhansia.¹³³ Aristoteleen kansalaisuuskäsitys on ollut todella rajoitettu. Kansalaisuuskäsityksen ja näin ollen demokraattisen päätöksenteon ulkopuolelle ovat jääneet naiset, lapset, orjat ja muukalaiset, eli aikuisistakin

¹³⁰ MacIntyre 2004, s. 186.

¹³¹ Nikomakhoksen etiikka, s. 146 (1155a22-1155a28).

¹³² MacIntyre 2004, s. 186.

¹³³ MacIntyre 2004, s. 186.

poliksen alueella asuvista ihmisistä valtaosa. Pohtiessamme legitimaatiokriteereitä demokratiaperiaatteen näkökulmasta ei ole tarkoituksenmukaista ottaa vertailuperusteeksi kansalaisuuskäsitystä antiikin *poliksessa*, vaan ymmärtää kansalaisuuskäsite kuten ymmärrämme sen modernissa eurooppalaisessa yhteiskunnassa. Emme luonnollisestikaan voi ajatella kaikkien ateenalaisten olleen ystäviä keskenään ja jakaneen käsitystä siitä, mikä on hyvää. Ateenalaisten demokratiaa ja ystävyyttä tuleekin ajatella siten, että kaupunki koostuu verkostosta pieniä ystävien ryhmiä. Kaupungin elämää rakennetaan ja ylläpidetään osallisuudella yhteisiin hankkeisiin, ja tämä osallisuus konkretisoituu ihmisen omissa ystävyyssuhteissa.

Aristoteelinen ajatus ystävyyteen perustuvasta poliittisesta yhteisöstä on meidän modernille liberalistis-individualistiselle maailmallemme vieras. Yhteiskunnassamme ei ole sellaisia koko elämään vaikuttavia yhteisömuotoja, ainakaan laajalle levinneenä, joita voitaisiin verrata antiikin *polikseen*. Kuten todettua ystävyys käsitteenä kuulukin ihmisten yksityiselämän alueelle ja on merkitykseltään erilaista kuin mitä se aristoteelisen hyve-etiikan mukaan olisi. Mikäli yritämme määritellä ystävyyttä modernissa maailmassamme, voimme sanoa ystävyyden olevan kiintymystä tai sitä, että ystäviä ovat ne, joista pidämme paljon. Ystävyys on meille nykyihmisille ehkä enemmän tunnetila kuin sosiaalinen tai poliittinen suhde muihin ihmisiin. Sosiaaliseen tai poliittiseen suhteeseen, jossa ystävät tavoittelevat yhdessä hyviä päämääriä, liittyy myös kiintymystä. Tällaisessa yhteiskuntasuhteessa kiintymys on kuitenkin sekundääristä, verrattuna edellä mainittuun tunnetilaan liittyvään kiintymykseen. Aristoteelisesta näkökulmasta moderni liberalistinen poliittinen järjestelmä ja kansalaisen asema siinä ei vastaakaan kansalaisen asemaa antiikin *poliksessa*. Modernin järjestelmän kansalaisuus on syntynyt turvallisuuden tarpeesta ja kansalaisten välisiä ystävyyssuhteita määrittää keskinäiseen etuun perustuvat hyötynäkökohdat. Ystävyyden side aristoteelisessa näkökulmassa puuttuu modernista yhteiskunnasta, mikä voi osaltaan johtua liberalististen yhteiskuntien moraalisesta moniarvoisuudesta.

Moraalinen yhtenäisyys kuului aristotelismiin niin antiikissa kuin keskiajallakin.¹³⁴ Kansalaisuus *poliksessa* ei merkinnyt alamaisuutta tai vallanalaisuutta vaan vapautta ja autonomiaa. Kansalaiset vastasivat itse elämästään sekä taloudellisesti että moraalisesti. Kansalaiset poliittisen yhteisön jäsenenä kykenivät hallitsemaan järjellä sekä moraalisessa mielessä itseään että poliittisessa mielessä toisiaan.

Aristoteleen kansalaisuuskäsitteeseen sopivat ainoastaan itselliset toisistaan riippumattomat vapaat yksilöt. Riippumattomuus ei kuitenkaan merkitse itseriittoa, sillä kukaan ei ole yksin niin täydellinen, etteikö hänen elämänsä olisi silti yhteisössä parempaa kuin yksin, vaikka muut yhteisön jäsenet eivät olisikaan yhtä täydellisiä. Yksilön mahdollisuudet toteuttaa telostaan ovat yksin rajalliset, ja vain valtioyhteisössä voivat toteutua inhimillisen täydellisyyden kaikki muodot.¹³⁵

3.6 Aristotelismin ja kommunitarismin mahdollisuudet vastata modernin oikeuden ongelmiin

Kuten aiemmin tässä tutkielmassa esittämästäni materiaalista on käynyt ilmi, kohdentuu kypsän modernin oikeudenkin aikakaudella kysymys oikeuden legitimaatioperustasta osaltaan näkökulmaan, eli tarkastelemmeko kysymystä empiirisestä vai normatiivisesta näkökulmasta ja toisaalta kysymykseen kypsän modernin oikeuden autonomisuudesta ja suhteesta yhteiskuntatodellisuudessa ilmeneviin moraali- ja arvopostulaatteihin. Onko oikeutta tarkastellessamme roolimme oikeuden sisäisen- vai ulkoisen tarkkailijan rooli? Kyseessä on ennen kaikkea tutkijan omaksuma metodinen ja epistemologinen näkemys. Oikeussosiologi katsoo asiaa eri näkökulmasta kuin tiukan normatiivisesti asiaa tutkiva oikeusteoreetikko. Kypsää modernia oikeutta käsittelevässä osiossa esittelin kolme eri positivismiin perustuvaa näkemystä oikeuden legitimaatioperustasta.

¹³⁴ MacIntyre 2004, s. 186-187.

¹³⁵ Poliitiikka, s. 29-31 (1261a10-1261b15), s. 34-38 (1262b38-1264b25) ja Rentto 2001a, s. 43.

Weberin teoriassa kuvattu malli modernin yhteiskunnan formaalis-rationaalista oikeudesta ja sille esitetty legitimaatioperusta on kylmän kalkyloiva, lähes kyyninen. Oikeussosiologinen teoria ja empiirinen näkökulma oikeuteen, sitä kohtaan esitetty kritiikki, vastakritiikki ja etenkin Gronowin esittämä näkemys Weberin teoriasta kuvaa positiivisen oikeuden yhteiskunnassa välittämän monetarisoitumiskehityksen ja sen tunkeutumisen kaikille elämän alueille, myös *Lebensweltin* alueelle selkeästi. Weberille legitimizeetti ja kansalaisten legitimiisyysusko perustui kansalaisten alamaisuusasenteeseen ja byrokraattisen herruuden luomaan legitimizeettiuskoon. Olen itse taipuvainen kallistumaan Gronowin esittämän Weber-tulkinnan kannalle, jonka mukaan legaaliiin herruuteen perustuva legitimiisyys on eräänlaista pseudolegitimiisyyttä ja formaali rationaalisuus kaikkein irrationaalisin toiminnan tyyppi.

Kypsä moderni oikeus moniulotteisena rakenteena, siten kuin Habermas ja Tuori sen kuvaavat eroaa traditionaalisesta oikeuspositivismista nimenomaan oikeuden autonomisuuden osalta. Sekä perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden että demokratiaperiaatteen avaamat väylät edellä mainittuihin yhteiskuntatodellisuudessa ilmeneviin moraali- ja arvopostulaatteihin tekevät eroa traditionaalisen oikeuspositivismin tiukasti oikeuden ulkopuoliselta ainekselta suljettuun normijärjestelmään. Habermasin teorian *systeemin* ja *Lebensweltin* välinen suhde mahdollistaa kansalaisyhteiskunnan vaikutusmahdollisuuden demokratiaperiaatteen kautta oikeuteen ja sen säätelymään *systeemin* hallitsemaan osa-alueeseen yhteiskunnassa. *Lebensweltin* tulee kyetä hallitsemaan ja tarvittaessa rajoittamaan *systeemin* toimintaa. Kypsän modernin oikeuden legitimaatiokriteerien kannalta tämä on mielestäni ensiarvoisen tärkeää. *Lebensweltin* välittäjätehtävä suhteessa *systeemiin* on yksi niistä elementeistä, jolla kypsän modernin oikeuden legitimaatioperusta voidaan perustella. Se on myös yhteys esitetyn postkonventionaalisen moraalien ja siten yhteiskuntatodellisuudessa vallitsevien arvopostulaattien ja oikeuden välillä. Esitetty legitimaatioperusta vaikuttaa selkeältä ja perustellulta.

Ongelmaksi mielestäni kuitenkin muodostuu *Lebensweltin* olemassaolon turvaaminen ja sen rakenteiden vahvistaminen, postkonventionaalisen moraalin luonne verrattaessa sitä klassisen perinteen käsitykseen moraaliluonteesta. On myös syytä painottaa klassisen aristoteelisen perinteen moraalille muotoilemaa yhteisöllistä perustaa. Kypsän modernin oikeuden yhteiskuntatodellisuus on enemmänkin individualististen ekspressiivisen minuuden omaavien yksittäisten toimijoiden yhteiskuntatodellisuus kuin yhteisöllisen ja ehkä altruistisenkin ”heimolaisen” yhteiskuntatodellisuus. Näin ollen postkonventionaalisen moraaliluonne sosiaalisen integraation vahvistajana ja moraalina yleensä näyttäytyy kyseenalaisena. Onko postkonventionaalinen moraalimoraalia alkuunkaan klassisen aristoteelisen moraalikäsityksen näkökulmasta? Vai onko moraalille tapahtunut niin kuin MacIntyre esittää, eli johtiko filosofian painoarvon heikkeneminen yhteiskuntatodellisuudessa vähitellen filosofisen ajattelun ja siten myös moraalimuuttumiseen? Moraalilauseet muuttuivat vähitellen arvolauseiksi ja siten lopulta mielipiteiksi, joilta puuttuu yhteinen filosofinen viitekehys. Voidaan myös puhua arvoemotivismista. Moraalisen käsitteistön merkitykset ovat saaneet subjektiivisia piirteitä ja käsitteet merkitsevät eri toimijoille erilaisia asioita. Käsitteistön universaalit ja holistiset piirteet ovat heikentyneet, MacIntyren mukaan osittain jopa kadonneet.¹³⁶

Myöskään demokratiaperiaate oikeuden legitimaatiokriteerinä ei ole täysin ongelmaton. Demokratian toimivuus ja todellisuus modernissa länsimaaisessa yhteiskunnassa ja Euroopan unionin tasolla on oma tutkimuksellinen aihealueensa, johon ei tämän tutkimuksen puitteissa ole mahdollisuutta syventyä. Voidaan kuitenkin pohtia edustuksellisen demokratian ja kansanedustuslaitoksen edellytyksiä kansalaisyhteiskunnan ja sen kommunikatiivisen rationaalisuuden näkökulmasta.

Demokratiakeskustelussa mainitaan usein Euroopan unionin *demokratiavaje*¹³⁷. Euroopan unionin yhdentymisen tiivistyessä kansallista

¹³⁶ MacIntyre 2004, s. 73-85.

¹³⁷ Demokratialla tarkoitetaan kansanvaltaa ja demokratiavajeella siten kansanvallanvajausta. Demokratiavaje käsitetään yleisesti kansalaisten heikkona mahdollisuutena vaikuttaa Euroopan unionin

toimivaltaa on siirtynyt unionille ja siten kansallisen parlamentaarisen päätöksenteon ulkopuolelle. Kansallisten parlamenttien mahdollisuus harjoittaa demokraattista valvontaa on heikentynyt, eikä tätä vajetta ole korvattu kasvattamalla riittävässä määrin europarlamentin valtaa. Ministerineuvosto ei ole poliittisessa vastuussa europarlamentille ja ainoastaan yhteispäätösmenettelyssä neuvosto ja europarlamentti ovat tasavertaisessa asemassa unionin lainsäädännössä. Ministerineuvosto on koottu toimijoista, jotka ovat parlamentaarisessa vastuussa kansallisille parlamenteille. Mikäli neuvoston toiminnan pääsääntönä olisi yksimielisyys, ei institutionaalista demokratiavajetta esiintyisi. Kansallinen parlamentti voisi halutessaan erottaa sen tahtoa vastaan toimivan ministerin. Päätöksenteko neuvostossa tapahtuu kuitenkin yhä enenevässä määrin määräenemmistöllä, jolloin tehokaskaan kansallinen parlamentaarinen valvonta ei takaa jäsenvaltion kannan toteutumista. Kansallisten parlamenttien resurssit valvoa päätöksentekoa ja saada informaatiota ovat lisäksi rajallisia.¹³⁸

Myös suhteellinen vaalitapa, poliittisten puolueiden taustalla vaikuttavat ei-demokraattiset intressiryhmät, puolueiden toiminnan rahoituspohja ja yleinen Weberinkin havainnoima taloudellisten arvojen tunkeutuminen kaikille yhteiskunnan osa-alueille asettaa *Lebensweltin* kansalaistoiminnan haasteiden eteen. Onko demokratia todellista demokratiaa Euroopan unionin, valtion ja kuntien tasolla? Voidaanko joka neljäs tai viides vuosi tapahtuvaa vaaleissa äänestämistä pitää todellisena vaikuttamisena? Kuinka voidaan varmistua siitä, etteivät politiikan taustalla ja muualla yhteiskunnassa toimivat mahdollisesti taloudellisen voiton tavoittelulle perustuvat intressiryhmät pääse vaikuttamaan poliittiseen päätöksentekoon ohjaavasti?

Mainitsematta ei voi jättää myöskään median vaikutusta yhteiskuntatodellisuuden muokkaamisessa. Journalismin ihanteena on riippumaton tiedonvälitys, mutta miten tästä riippumattomuudesta voidaan

päätöksentekoon. Institutionaalisesti demokratiavajeen katsotaan tarkoittavan kansalaisten suorilla vaaleilla valitsemien toimielinten (kansalliset parlamentit ja Euroopan unionin parlamentti) vähäisiä vaikutusmahdollisuuksia suhteessa unionin muihin päätöksentekuelimiin, etenkin komissioon ja ministerineuvostoon. Raunio – Wiberg 1999.

¹³⁸ Raunio – Wiberg 1999.

kansalaisyhteiskunnan tasolla varmistua? Väistämättä mieleen hiipii ajatus, että se, joka maksaa, päättää. Median mahdolliset sidonnaisuudet talouselämään, ja etenkin tiedonvälityksen ja mediatoiminnan maan- ja maailmanlaajuinen konsolidoitumiskehitys taloudellisen tuottavuuden nimissä antaa aiheen kysyä optimaalisesti toimivien kommunikatiivisten diskurssien perään. Saavatko kaikki vapaaseen ja tasa-arvoiseen diskurssiin osallistujat todella äänensä kuuluviin?

Kypsän modernin oikeuden legitimaatiokriteerien perustaminen perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden varaan ei sekään ole ratkaisuna täysin ongelmaton. Habermasin tapa määrittää ihmisoikeudet *Lebensweltein* alueelle kansalaisten väliseksi intersubjektiiviseksi oikeudeksi on kyllä legitimaatioperustan kannalta helpommin perusteltavissa kuin edellä mainittujen periaatteiden käsittäminen subjektiiviseksi oikeudeksi. Kansalaisten välisissä suhteissa ilmenevät intersubjektiiviset oikeudet ovat hyvinkin mahdollisia avoimelle diskurssille ja toimivalle lähidemokratialle perustuvassa kansalaisyhteiskunnassa. Ongelmaksi muodostuvat samat edellisissä kappaleissa demokratiaperiaatteen kohdalla mainitut haasteet *Lebensweltein* toimintaedellytysten varmistamiseksi. Mikäli perus- ja ihmisoikeudet ajatellaan jokaiselle ihmiselle kuuluviksi subjektiiviseksi oikeudeksi ongelmaksi muodostuu näiden oikeuksien konventionaalinen perusta.

Valtioiden solmimien kansainvälisten sopimusten takaamia oikeuksia voidaan yleisellä tasolla kyllä pitää tehokkaina, mutta miten tulisi suhtautua yksittäiseen valtion tekemään ihmisoikeusloukkaukseen? Tällaisista loukkauksista on Suomen valtiollakin useita langettavia tuomioita¹³⁹ viime vuosilta. Lisäksi huomionarvoista esimerkiksi tapausten 08.12.2009/ Janatuinen ja 31.03.2009/ Natunen osalta on se, että vaikka sopimusloukkaus on todettu, ei Korkein oikeus ole vaatimuksesta huolimatta purkanut tuomiota kummassakaan tapauksessa, jonka prosessissa oikeudenloukkaus on

¹³⁹ 17.01.2012/ Lahtonen, 15.02.2011/ Harju, 15.02.2011/ Heino, 15.02.2011/ Kalle Kangasluoma, 25.01.2011/ Reinboth and others, 11.01.2011/ Seppälä, 12.10.2010/ Saaristo and others, 06.07.2010/ Mariapori, 06.07.2010/ Niskasaari and others, 08.12.2009/ Janatuinen, 08.12.2009/ Taavitsainen, 16.06.2009/ Ruotsalainen, 21.04.2009/ Marttinen, 31.03.2009/ Natunen, 13.01.2009/ Sorvisto, 24.04.2007/ V. v. Finland, 09.01.2007/ Uoti, 26.07.2005/ N. v. Finland, 16.12.1997/ Raninen.

tapahtunut.¹⁴⁰ Korkeimmalla oikeudella ei luonnollisestikaan ole velvollisuutta purkaa tuomiota edellä mainituissa tapauksissa, mutta voidaan mielestäni perustellusti kysyä kuinka sopimusloukkaus, joka koskee oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä voidaan muuten korjata. Onhan mahdollista, että oikeudenkäynnin lopputulos olisi ollut eri, mikäli sopimusloukkausta ei olisi tapahtunut.

Ihmisoikeuksien subjektiivisuus, se että ne kuuluvat ja ovat kirjattu jokaiselle ihmiselle kuuluviksi oikeuksiksi, tekee jokaisesta valtion suorittamasta loukkauksesta oikeuden legitimaatioperustaa tältä osin rapauttavan seikan. Oma lukunsa ovat niin sanotun terrorisminvastaisen sodan oikeutuksella tehdyt ihmisoikeusloukkaukset, joihin eurooppalaiset valtiotkin ovat välillisesti mahdollisesti osallistuneet¹⁴¹. Tässä yhteydessä on mainittava lyhyesti USA:ssa käytössä oleva kuolemanrangaistus, sillä valtion teloittaessa kansalaisiaan ei voida samaan aikaan puhua oikeudesta elämään, tai ihmis- ja perusoikeuksista. Nämä asiat eivät voi kuulua samaan oikeudelliseen järjestelmään. Murhaaminen on murhaamista riippumatta siitä, kuka sen suorittaa. Kuolemanrangaistus on institutionalisoitu kostotoimenpide. Suku- ja heimoyhteisöissä kostoa on yleisesti pidetty loukatun yhteisön subjektiivisena oikeutena.

Toinen mahdollinen ongelma legitimeettikriteerien näkökulmasta liittyy lainsäätäjän mahdollisuuteen säätää lailla poikkeuksia perusoikeuksiin esimerkiksi rikosten tutkimiseksi. Miten lailla säädetystä perusoikeudesta voidaan lailla poiketa niin sanotun hyväksyttävän syyn ollessa käsillä? Merkitystä ei teorian tasolla ole sillä, onko joku tietty subjektiivinen perusoikeus säädetty voimaan tavallisen lain vai perustuslain tasolla. Merkitystä on sillä, että perusoikeuksista voidaan kuitenkin poiketa. Edellä kuvamassani tilanteessa korostuu se ration ja voluntaksen välinen

¹⁴⁰ KKO 17.9.2012, Diaarinro H2010/112 ja KKO 10.11.2010, Diaarinro H2009/173.

¹⁴¹ Tällä viitataan ns. vankilentoihin, joilla CIA on kuljettanut vangitsemiaan ”vihollistaistelijoita” salaisiin pidätyskeskuksiin Euroopassa. Näissä pidätyskeskuksissa on ilmeisesti käytetty kidutusta kuulustelumenetelmänä. On myös vahvoja viitteitä siitä, että em. lentoja on kulkenut Suomenkin kautta. Eduskunnan oikeusasiamies selvittää asiaa.
<http://www.oikeusasiamies.fi/Resource.phx/pubman/templates/2.htx?id=929>

vuorovaikutus¹⁴², jonka ainakin teorian tasolla tulisi rajoittaa lainsäätäjän intressiperusteista toimintaa. Lainsäätäjän toimintaan saattaa kohdistua säädöspaineita esimerkiksi hallintovallan alueelta. Oikeuden syvemmistä kerroksista nouseva lainsäätäjän intressiperusteista toimintaa rajoittavien mekanismien tulisi tällöin toimia aukottomasti. Mitä rajoitusvaikutukselle tapahtuu, jos joku yhteiskunnan instituutio vaatii lisää lainsäädännön takaamia toimintavaltuuksia esimerkiksi rikollisuuden torjunnan perusteella? Tämän päivän yhteiskunnassa valtion instituutiot, kuten esimerkiksi terveydenhuolto, koulutus tai poliisitoimi pyrkivät varmistamaan oman alansa resurssien optimaalisuuden. Mikäli joku instituutio, esimerkiksi poliisitoimi, toimii intressiperusteisesti ja harjoittaa diskursseissaan strategista käyttäytymistä varmistaakseen mahdollisimman suuret valtuudet ja mahdollisimman suuren rahoituksen toiminnalleen, ja tämä johtaa perusoikeuksia rajoittavaan uuteen lainsäädäntöön, eikö silloin olla tilanteessa, jossa perusoikeudet legitimaatiokriteereinä ovat tässä erityisessä kohdin kärsineet? Toki voidaan argumentoida yhteiskunnan kokonaishyvän ja sen puolesta, että perusoikeudet ovat edelleen voimassa, mutta mikäli lainsäädäntömme mahdollistaa perusoikeuksien tai jopa ihmisoikeuksien loukkaukset perustellusta hyvästä syystä, olemme mielestäni istuttaneet lainsäädäntöömme fasismin siemenen. Mikäli lainsäädäntö mahdollistaa esimerkiksi terrorismin torjumiseksi perustai ihmisoikeuksien loukkauksen, on lopulta kyse siitä, kenet määritellään kuuluvaksi tai kenen epäillään kuuluvan edellä mainitun toiminnan viitekehykseen. Rikollisuuden tai terrorismin torjunnan vuoksi lailla säädettävät rajoitukset perusoikeuksiin ovat vain yksi perus- ja ihmisoikeuksien oikeuden legitimaatiokriteeritehtävää rapauttava esimerkki.

Toinen samaan aihepiiriin liittyvä, myös positiivisen oikeuden sisältä lainsäädännön kautta syntyvä ongelma on poikkeustilainsäädäntö¹⁴³. Katriina Lehto käsittelee Ulrike Meinhofin näkemystä ydinaseiden ja niihin liittyvän poikkeustilalakisääntelyn merkitystä demokratialle ja kansalaisoikeuksille.

¹⁴² Tuori 2007. Tuorin teoksessa voluntas on nimenomaan parlamentaarisen lainsäätäjän tahtoa. Lainsäätäjä vaikuttaa toimillaan oikeuden pintakerroksessa ja suhtautuu lainsäädäntöön instrumentaalisesti, tavoiterationaalisesti. Lainsäätäjän instrumentaalista tahtoa rajoittaa oikeuden syvemmistä kerroksista, oikeuden syvärakenteesta ja oikeuskulttuurin tasolta nouseva ratio.

¹⁴³ Suomen lainsäädännössä, ks. valmiuslaki 29.12.2011/1552 ja Lehto 2007, s. 57.

Meinhofin näkemyksen mukaan joukkotuhoaseet Saksan maaperällä johtivat väistämättä Nato-jäsenyyteen¹⁴⁴ ja välillisesti poikkeustilalakien säätämiseen. Valtio, jolla oli hallussaan ydinaseita ja joka varautui lainsäädännön keinoin poikkeusoloihin, rajoitti väistämättä kansalaisilleen sallimaa vapautta.¹⁴⁵

Pyrin tällä kritiikillä osoittamaan, että vaikka Habermasin ja Tuorin teorioissaan esittämät legitimaatiokriteerit kypsälle modernille oikeudelle ovat loogisesti perusteltuja ja vaikka positiivisen oikeuden legitimaatioperusta ja rajat olisivatkin näin havaittavissa, asettaa byrokraattinen kapitalistinen yhteiskuntajärjestelmä legitimaatiokriteereiksi johdetun kansalaisyhteiskunnan ja sen kommunikatiiviset diskurssit lähes mahdottoman haasteen eteen. Aristoteelisen etiikan ja politiikan mukaan valtio on kansalaisten ja kansalaisia varten olemassa, eikä kansalainen valtiota varten. Sama ajatus on johdettavissa Suomen perustuslain 2§:stä¹⁴⁶, jonka mukaan valtiovalta kuuluu kansalle.

Niin valtiossa, sen byrokraattisessa hallintokoneistossa kuin taloudessakin pätee suuruuden ekonomia, aivan kuten Weber asian omassa analyysissään esitti. Aivan kuten Gronowin tulkitsema Weberin ajatus legitimiisyyden luonteesta eräänlaisena pseudolegitiimisytenä, voidaan kysyä onko nykyinen länsimainen demokratia eräänlaista pseudodemokratiaa. Perus- ja ihmisoikeuksien voimassaolo on kiistämätön tosiasia, enkä kohdistu edellä esitettyjä kriittisiäkin huomioita oikeuksien substanssiin, vaan positiiviseen oikeuteen rakenteellisesti liittyvään mahdollisuuteen niiden rajoittamiseksi. Perus- ja ihmisoikeudet ovat voimassa kunnes toisin säädetään.

Suomalaisessa yhteiskunnallisessa keskustelussa peräänkuulutetaan usein yhteisöllisyyden merkitystä erilaisten ongelmatilanteiden ratkaisemisessa. Säännöllisesti mainitaan myös kansalaistoiminnan ja lähidemokratian merkitys

¹⁴⁴ Habermas 1994, s. 11. Habermas toteaa Saksan liittotasavallan menettäneen suvereniteettinsa ja tulleen Yhdysvaltojen 52. osavaltioksi siitä syystä, että maa oli pakotettu sijoittamaan alueelleen keskimatkanohjuksia.

¹⁴⁵ Lehto 2007, s. 54-59, jossa Lehto viittaa Meinhofin vuonna 1962 kirjoittamaan Konkret lehden pääkirjoitukseen ”Die Würde des Menschen”. Ks. Lehto 2007 alaviite 92.

¹⁴⁶ Suomen perustuslaki 11.6.1999/731.

kansalaisten vaikutusmahdollisuuksia arvioitaessa. Laki kansalaisaloitteesta¹⁴⁷, jolla kansalaiset voivat saada tärkeäksi kokemansa asian lakialoitteena eduskunnan käsiteltäväksi on tullut voimaan Suomessa tammikuussa 2012 ja ensimmäinen kansalaisaloite¹⁴⁸ on jo toimitettu eduskunnalle. Tosin asian merkityksestä demokratialle kuultiin heti kannanottoja puolesta ja vastaan, niin kansanedustajien kuin virkamiestenkin suusta.¹⁴⁹ Yhteisöllisyyden ja lähidemokratian merkitys kansalaisten vaikutusmahdollisuuksina ja hyvinvointiin vaikuttavana tekijänä tiedostetaan, ainakin edellä mainitussa yhteiskunnallisessa keskustelussa.

Yhteisöllisyys, yhteisöllinen ajattelu ja elämäntapa on aristoteelisen filosofian mukaan kokonaisuus. On vaikea ajatella yhteisöllisyyden mahdollisuuksia nykyisessä individualismiin perustuvassa elämäntavassamme. Helposti ehkä ajatteleamme voivamme soveltaa yhteisöllisyyteen perustuvia toimintamalleja joissakin tilanteissa, mutta tällöin ajatus kuitenkin usein perustuu niihin hyötynäkökohtiin, joita yhteisöllinen toimintamalli saattaisi tuottaa sen sijaan, että ajattelisimme muuttavamme koko elämäntapamme yhteisöllisyyteen perustuvaksi. Yhteisöllisyyden näkökulmasta kypsän modernin oikeuden teoriat eivät varsinaisesti aseta rajoitteita, sillä positiivinen oikeus on kuitenkin inhimillisillä päätöksillä muokattavissa olevaa oikeutta. Kyse on ennemminkin yhteiskuntatodellisuudesta ja kansalaisten kokemusmaailmasta. Mikäli yhteisöllistä elämäntapaa ja yhteisöllisyyttä yleensä pidettäisiin tavoittelemisen arvoisena, tulisi lainsäädännön keinoin pyrkiä parantamaan erilaisten pienyhteisöjen toimintamahdollisuuksia.

Lainsäädännön ohjausvaikutus toteutuu usein taloudellisen vaikutuksen kautta. Ajattelumme on usein Weberin sanoin siten *monetarisoitunutta*, että ”keppi tai porkkana” saa aikaan toivotun käyttäytymisen. Yhteisöllisyydellä on myös merkitystä Tuorin ja Habermasin huomioimaan sosiaalisen integraation

¹⁴⁷ Kansalaisaloitelaki 12/2012.

¹⁴⁸ Kansalaisaloite turkistarhauksen kieltämiseksi, http://yle.fi/uutiset/turkistarhauksen_kieltava_kansalaisaloite_menee_eduskuntaan/6443731.

¹⁴⁹ Helsingin Sanomat 13.3.2013, A10, Turkisaloitteelle pitkä viive.

ongelmaan. Yhteisön piirissä muotoutuvat toimintamallit ja käyttäytymis- ja kohteliaisuusohjeet tulevat usein noudatetuiksi yhteisön oman sosiaalisen kontrollin seurauksena. Yhteenkuuluvuuden tunne ja ryhmähenki ovat luonnollisia käyttäytymistä ohjaavia asioita. Ryhmässä muodostuu konventionaalinen moraalikään kuin pienessä mittakaavassa. Yhteisöllinen ajattelu ja ryhmään kuulumisen kokemus eivät kuitenkaan tarkoita sitä, että yhteishenkeä ja yhteenkuuluvuuden tunnetta ei voisi kokea myös yhteiskunnan tasolla. Pienyhteisöt ja toimiva kansalaisyhteiskunta eivät rajoita tai poissulje, vaan pikemminkin tukevat toisiaan. Yhteenkuuluvuuden kokemuksesta tulisi pyrkiä vahvistamaan myös yhteiskunnassa yleisesti, ja kaikenlaista ihmisten luokittelua esimerkiksi rikkaisiin, köyhiin, työttömiin, sairaisiin, laihoihin, lihaviin, rikollisiin, narkomaaneihin, alkoholisteihin tai muukalaisiin tulisi välttää. Lainsäädännön tasolla tämä ei ole varsinainen ongelma, mutta yhteiskunnallisessa ja etenkin julkisuudessa käytävässä keskustelussa ihmisten luokittelu kategorioihin on tavallista. Usein kategorisointiin liittyy positiivisesti tai negatiivisesti arvottava näkökulma. Medialla on suuri vastuu yhteiskunnassa ilmenevän *toiseuden kokemuksen* muodostumisessa. Jokaisen kansalaisen tulisi kyetä aidosti tuntemaan olevansa osa jotain yhteistä kokonaisuutta. Jokaisella ihmisellä tulisi olla merkityksellistä tekemistä, eikä kenenkään tulisi viettää elämäänsä yksin vuodeosastolla.

Vielä muutama vuosikymmen sitten Suomi oli agraariyhteiskunta, jossa jokaisella sukupolvella oli merkityksellistä tekemistä, kaikkia tarvittiin ja kaikille myös riitti jotain tekemistä. Kylähullukin oli osa kyläyhteisöä. Pohtiessamme muutosta yhteisöllisestä elämäntavasta yksilölliseen meidän ei tarvitse katsoa taaksepäin satojen vuosien päähän. Yhteisöllinen elämäntapa ja etenkin työkuulttuuri on vallinnut vielä 1950-luvun Suomessa. Yhteiskunnan rakennemuutos työvoimavaltaisesta yhteisöllisestä agraariyhteiskunnasta jälkiteolliseen postmoderniin individuaaliyhteiskuntaan on tapahtunut Suomessa verrattain nopeasti. Agraariyhteiskunnan työhön liittyvä yhteisöllinen tapa tehdä työtä on kadonnut, samalla on kadonnut siihen liittyvä traditio.

Yhteiskuntamme on tänään materiaalisesti rikkaampi kuin koskaan, joten taloudelliset realiteetit eivät luultavasti aseta todellisia reunaehtoja yhteiskunnassa harjoitettavalle politiikalle. Tulisiko materiaalisen elintason tavoittelemisen sijaan pyrkiä niukempaan ja yhteisöllisempään elämäntapaan? Voisimme miettiä kulutustottumuksiamme esimerkiksi ruokahankintojen kautta. Lähi- ja luomuruoka on ollut itsestäänselvyys ja välttämättömyys vielä sata vuotta sitten. Erilaisia ruokaosuuskuntia on perustettu viimeaikoina Suomeenkin.¹⁵⁰ Helsingissä uusien kerrostalojen ja kaupunkipientalojen rakentaminen on mahdollista toteuttaa ryhmärakentamisena.¹⁵¹ Ryhmärakentamisprojekteissa tulevat asukkaat voivat rakentaa tai rakennuttaa asuntonsa yhdessä tulevien naapureidensa kanssa. Ryhmät voivat muodostua spontaanisti asuinpaikan valinnan perusteella tai ennestään toisilleen tutut ihmiset voivat muodostaa ryhmän ja alkaa rakentaa. Ryhmärakentamisella ihmiset voivat jo rakentamisvaiheessa muodostaa yhteisöllisiä rakenteita, vaikuttaa merkittävästi omaan tulevaan asuinympäristöönsä ja säästää rakentamiskustannuksissa.

Yhteisöllisyyden uusia ja vanhoja muotoja on havaittavissa etenkin nuoriso- ja alakulttuureissa. Mikä kulttuuri tai suuntaus onkaan, aina voidaan havaita ryhmähenkeä ja yhteisöllisyyttä tukevia rakenteita, ajatuksia, ideologioita, toimintaa ja tyylejä. Ryhmää tukevat elementit löytyvät usein niin materiaaliselta kuin henkiseltäkin tasolta, eikä yhteisöllisyyttä tai sen tarvetta voida kieltää. Ihminen ei ole juuri koskaan eikä missään elänyt tai selviytynyt yksin ilman ryhmän tukea, eikä postmoderni individualistikaan halua olla yksin.

Nuoriso- ja alakulttuurien valtavirrasta erottuvia elementtejä pidetään usein lapsellisina, naivistisina tai osoituksena muusta kypsymättömyydestä. Kyse saattaa kuitenkin olla ensisijaisesti tarpeesta kuulua ryhmään ja olla jonkun selkeän kokonaisuuden osa. Osallisuus alakulttuurista saattaa tarjota yksilölle selkeämmän osallisuuden kokemuksen ja tarkoituksen kuin tieto siitä, että on esimerkiksi suomalainen. Modernin maailman kapitalistinen talousjärjestelmä

¹⁵⁰ <http://ruokaosuuskunta.fi/>

¹⁵¹ <http://www.uuttahelsinkia.fi/asumaan/ryhmarakentaminen>

suosii ja ainakin implisiittisesti jopa vaatii yhteiskunnan jäseniltä kuluttamista ja kuluttamisen välttämättömänä reunaehtona mittavaa ajallista panostusta työmarkkinoille. Jatkuvaan kasvuun ja kuluttamiseen perustuvaa talous- ja yhteiskuntapolitiikkaa on kuitenkin kritisoitu etenkin luonnon kantokyvyn näkökulmasta.

Yhteisöllisyyteen perustuvassa elämäntavassa meidän tulisi kaikissa toimissamme ajatella ensin, mitä vaikutuksia teollani on yhteisöni kannalta. Toiminnan hyvyttä, hyödyllisyyttä ja moraalisuutta tulisi arvioida yhteisön näkökulmasta sen sijaan, että arvioisimme sitä individuaalisesti omasta näkökulmastamme. Altruistisen käyttäytymisen tulisi olla pääsääntö ja itsestäänselvyys. Moderni länsimainen kapitalismiin ja byrokraattiseen hallintokoneistoon nojaava yhteiskunta on kuitenkin rakennettu maksimaalista yksilönvapautta, individualistista elämäntapaa ja ekspressiivistä minuutta tukevaksi järjestelmäksi, jossa kokonaisvaltaiselle filosofiselle ajattelun ja arvoperustan muutokselle ei näytä olevan sijaa, vaikka aiemmin mainitsemani yhteiskunnallinen keskustelu ja mielipiteet sitä implisiittisesti vaativatkin yhteisöllisyyden ja lähidemokratian vaatimusten muodossa.

Kuten on jo aiemmin tässä tutkimuksessa todettu, Aristoteleen eettisen ja poliittisen ajattelun perusteella ihmisen ja valtion tulisi kaikissa tomissaan pyrkiä toimimaan mahdollisimman hyvin, ja ihminen yksilönä ja kansalaisena oppii hyvään ainoastaan harjoittelemalla hyvän tekemistä. Sekä Aristoteleella että hänen opettajallaan Platonilla moraalifilosofia ja yhteiskuntafilosofia sisältävät ajatuksen ihmisen moraalisesta jalostumisesta. Ajatus ihmisen moraalisesta jalostumisesta edellyttäisi luonnollisesti yhteistä näkemystä moraalilauseista. Ongelmaksi muodostuisi kuitenkin moraalilauseiden erilaisuus ja emotivismin ongelma, johon aiemmin viittasin. Asiaa tulisikin mielestäni lähestyä aristoteelisen hyve-etiikan ja yhteiskuntafilosofian kautta. Meidän tulisi ensin ymmärtää, millaisia yhteisöllisyyden muotoja voisimme toteuttaa omassa elämässämme, jotta voisimme oppia ajattelemaan yhteisöllisesti ja altruistisesti. Paikallisia yhteisöllisyyden muotoja tulisi tukea ja kehittää sivistyksen ja hyve-etiikan ylläpitämiseksi, unohtamatta filosofian merkitystä ajattelun kehitykselle.

Yhteisen moraalisen arvopohjan muodostuminen saattaisi olla helpompaa pienemmissä yhteisöissä. Demokraattisen päätöksenteon ja kommunikatiivisten diskurssien toteutuminen olisi mahdollista varmistaa pienemmissä yhteisöissä paremmin kuin valtiotasolla. Habermasin kuvaamien kommunikatiivisten diskurssien ideaalinen toteutuminen yhteiskunnassa edellyttäisi tasa-arvoista keskustelutilannetta, johon kaikki voisivat ottaa osaa. Tällaisen vaatimuksen reaalinen toteutuminen vaikuttaa kaukaiselta. Voitaisiko silti ajatella niin, että pieniyhteisöissä diskurssien toteutumisella ja demokraattisella päätöksenteolla olisi paremmat mahdollisuudet kuin valtion tasolla? Mikäli diskurssit eivät olisikaan täysin arvovapaita tai muut Habermasin ideaaliselta keskustelutilanteelta edellyttämät asiat eivät aivan toteutuisikaan, eikö silti olisi kansalaisyhteiskunnan kannalta parempi, että diskursseja kuitenkin käytäisiin? Deliberatiivisen demokratian muotoja vaihtoehtona edustukselliselle demokratialle tulisi tutkia samalla kun pohditaan kansalaisyhteiskunnan diskurssien toimivuutta. Puheenvuoroja aiheeseen liittyen esitetään jatkuvasti.¹⁵² Aristoteelisen hyve-etiikan ja yhteiskuntafilosofian yhdistäminen yhteisölliseen elämäntapaan vahvistaisi kansalaisyhteiskuntaa. Yhteisöllinen elämäntapa tuottaa ja vahvistaa yhteistä moraalista arvopohjaa tradition kautta. Yhteisen moraalisen arvopohjan saavuttamiseksi voisimme painottaa ajattelun ja kommunikaation merkitystä moraalifilosofioiden ja yhteiskuntafilosofioiden ymmärtämiselle.

Filosofian merkitys yhteiskuntatieteenä on vähentynyt samaa tahtia yhteisöjemme sirpaloitumiskehityksen kanssa. Helsingin Sanomat uutisoi taannoin filosofian suosion hiipumisesta ylioppilastutkinnon reaalikokeessa, ja yhtenä syynä mainittiin filosofian kokeminen vaikeaksi aineeksi.¹⁵³ Aiheesta on kirjoitettu aiemminkin.¹⁵⁴ Mikäli suhtaudumme elämään siten, että pyrimme välttämään kaikkea vaikeaa ja haasteellista sopii Weberin kuvaus

¹⁵² Helsingin Sanomat 9.11.2012, A2, Vieraskynä: Äänestäminen ei enää riitä kaikille ja Helsingin Sanomat 24.2.2012, A2, Vieraskynä: Uusi yhteisöllisyys muuttaa demokratiaa.

¹⁵³ Helsingin Sanomat 11.3.2013, A8, Filosofian suosio hiipuu.

¹⁵⁴ Esim. Helsingin Sanomat 18.3.2010, A2: Vieraskynä: Lasten filosofointi syventäisi kouluopetusta, Helsingin Sanomat 17.3.2010, C1: Filosofian pitää olla vaikeaa ja Helsingin Sanomat 1.12.2009, C1: Zizek!

auktoriteettiuskaisesta alamaista hyvin modernin yhteiskunnan kansalaiselle. Jos taas pyrimme Aristoteleen kansalaisuuskäsitteeseen, tulisi meidän pyrkiä itsellisyyteen, riippumattomuuteen ja todelliseen vapauteen niin henkisessä kuin materiaalisessakin elämässämme, eikä tätä ole mahdollista saavuttaa ellemmme aktiivisesti kehitä ajatteluamme.

4 Synteesi

Pohtiessamme oikeutta moraalifilosofisesta näkökulmasta oikeuden legitimaatiokriteereistä esitettyjen teorioiden valossa, päädyimme lopulta kysymykseen, mistä hyvä tulee. Oikeuspositivismiin nojaavat teoriat, kuten Habermasin ja Tuorin näkemykset, asettavat oikeuden viimekätisiksi legitimaatiokriteereiksi kansalaisyhteiskunnan yhteiskuntatodellisuutta heijastavat moraali- ja arvopostulaatit. Nämä Habermasin termillä kommunikatiivisia diskursseja edeltävät, todellisuudessa havaittavat tai oletetut ehdot edellyttävät laajaa konsensusta siitä, mikä on hyvää ja oikeudenmukaista yhteiskunnassa.

Moraalin ja oikeuden yhteys on nähtävissä Habermasin ja Tuorin esittämien välittävien elementtien muodossa. Kansalaisyhteiskunnan *Lebensweltin* alueelle kuuluvien oikeuden legitimaatioperustan ja oikeuden rajojen määrittelyn mahdollistavat rakenteet ovat olemassa, mutta niiden todellisesta vaikutuksesta normatiivisen sensuurin välineinä ei voi vakuuttua. *Lebensweltin* ja *systeemin* välisen vuorovaikutuksen tulisi toimia häiriöttä ja silloinkin tulisi kyetä vakuuttumaan *Lebensweltin* *systeemiä* ohjaavasta vaikutuksesta. Kansalaisyhteiskunta on historiallisen tehtävän edessä. Kansalaisyhteiskunnan *Lebensweltin* alueelle keskittyvä kommunikatiivinen toiminta ei voi olla teorian tasolla, vaan todellisten diskurssien ja yhteiskunnallisen keskustelun mahdollisuuteen tulisi kiinnittää merkittävästi enemmän huomiota. Voidaan perustellusti kysyä, ovatko modernin oikeuden teorioiden tarjoamat legitimaatiokriteerit riittäviä.

Nykyinen poliittinen järjestelmä edistää mielestäni lyhyen aikavälin usein taloudellisiin intresseihin perustuvaa poliittista päätöksentekoa. Lähidemokraattisia pienempiin yhteisöihin ja yksiköihin keskittyviä päätöksentekorakenteita tulisi kehittää, ja ihmisten välistä yhteisvastuuta korostaa. Habermasin tapa sijoittaa perusoikeudet vaikutuksiltaan intersubjektiivisiksi yhteiskunnan jäsenten välisiin sosiaalisiin suhteisiin saattaisi yhdistettynä hyve-eettiseen ja yhteisölliseen ajatteluun parantaa kansalaisten keskinäistä kunnioitusta ja kansalaisyhteiskunnalle välttämätöntä yhteisvastuuta. Yksittäisen ihmisen ja julkisen vallan välisessä vertikaalisessa suhteessa toteutuva *systemiin* kohdistuva suojavaikutus on luonnollisesti erittäin tärkeä. Tämä perinteinen perusoikeudet subjektiivisina oikeuksina turvaava näkemys ei estä perusoikeuksien toteuttamista ihmisten välisissä sosiaalisissa suhteissa. Kyetäksemme ajattelemaan aidon yhteisöllisesti joudumme luopumaan individuaalisesta egoistisesta minuudestamme ja välttämään välineellistä utiliteettiin perustuvaa ajattelua muista ihmisistä.

Kuten tästä tutkimuksessa käy ilmi, jälkimodernin yhteiskunnan arvot vaihtelevat suuresti ja yksimielisyyttä on vaikea saavuttaa, eikä moraalikeskusteluksi kutsuttu keskustelu välttämättä ole moraalikeskustelua klassisen aristoteelisen perinteen näkökulmasta. Tämä aiheuttaa vaikeuksia määritellä postkonventionaalisen moraalin sisältöä, sillä tietty universaaliuden tai yhteisöllisyyden elementti puuttuu, mikäli moraalialia voi tarkastella relativistisesti. Hyvästä tulisi siis vallita yhteisymmärrys. Mikäli emme ota hyvää annettuna ja vältämme jumaluuteen turvautumista hyvän alkuperäisenä lähteenä, joudumme pohtimaan hyvän muodostumista yhteisöissä.

Yhteisön koko vaikuttaa niin sosiaalisen kuin moraalisenkin integraation mahdollisuuteen ja yhteisymmärryksen saavuttamiseksi on mielestäni välttämätöntä, että yhteisössä kyetään käymään todellista moraalialia ja arvodialogia. Todellisen demokratian toteutumisen kannalta on mielestäni välttämätöntä, että demokraattisesti omista asioistaan päättävä kansalaisten joukko on riittävän pieni. Joukon kokoa arvioitaessa voimme miettiä Aristoteleen ystävyyden hyvettä ja sen toteutumisen mahdollisuuksia. En tarkoita edellisellä sitä, että jokaisella omista asioistaan demokraattisesti

päättävällä kansalaisten joukolla, jossa siis kommunikatiiviset diskurssit ja demokratia todellisesti toteutuisivat, tulisi muodostamansa yhteisymmärryksen johdosta olla oma käsitys lainsäädännöstä, mutta kuten antiikin poliksessa tulisi tällaisten ystävien joukkojen toimia yhteistoiminnassa keskenään ja siten vaikuttaa yhteisen poliksensa asioihin. Edellä esitetyn kritiikiksi voidaan tietysti esittää väite nykyisen kunnallisen päätöksentekomallin demokraattisesta esimerkistä. Kyse ei kuitenkaan mielestäni ole analogisesta asiasta, sillä vaikka nykyinen kunnallispoliittinen päätöksenteko onkin pienemmän yhteisön piirissä tapahtuvaa kuin edustuksellinen demokratia valtion tasolla, ei se silti demokratiana ole niin pienimuotoista, että voisimme välttyä intressiperusteiselta ja strategiselta toiminnalta päätöksenteossa. Lisäksi edustuksellisen demokratian piirissä käytävät diskurssit eivät mielestäni vastaa Habermasin teorian diskursseilta edellyttämää vapautta, tasa-arvoa ja tasapuolisia osallistumismahdollisuuksia. Voitaisiinko sanoa, että demokratia toimii niin kauan ilman strategista ja intressiperusteista käyttäytymistä, kun kaikki osallistuvat tuntevat toisensa ja kun kaikki kokevat ponnistelewansa kohti yhteistä päämäärää?

Jotta kansalaisyhteiskunta voisi täyttää sille asetetun vaativan tehtävän, tulisi sitä rakentaa yhteisölliseen suuntaan, uusia pieniyhteisöjä muodostavia rakenteita kehittää, ja ennen kaikkea yhteisöllistä elämäntapaa tukea kaikin keinoin. Olisi helppo vaatia, että kansalaisyhteiskunnan rakenteeseen ja toimintaedellytysten parantamiseen kohdennettaisiin lainsäädäntöä. Uudet lait eivät kuitenkaan voi rakentaa toimivaa kansalaisyhteiskuntaa, sen voivat rakentaa ainoastaan ihmiset yhdessä. Ainoastaan pitkäjänteisellä panostuksella yhteisöllisyyden kehittämiseen voidaan joskus tulevaisuudessa todeta yhteisöllisen tradition muodostuneen uudelleen. Vaihtoehtoina tämänkaltaisessa pohdinnassa meillä on auktoriteetti ja alamaisuus valtiotasolla, tai yksimielisyys ja vapaus pienen yhteisön jäsenenä. Tradition merkityksen moraalien muodostumiselle kiteyttää mielestäni hyvin Juha Sihvola arvioidessaan MacIntyren teosta Hyveiden jäljillä: ”Kuvitelma moraalista ilman traditiota on itsepetosta.”